

الكتاب الذي يشرح في الشريعة والقانون

استنبات حبل الفقه
الأحكام الشرعية

الكثير
مصطفى الزعيم
الأستاذ المتميز في الشريعة والقانون

الطبعة الاولى ٢٠١٤

أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرفان البارزاني المحترم

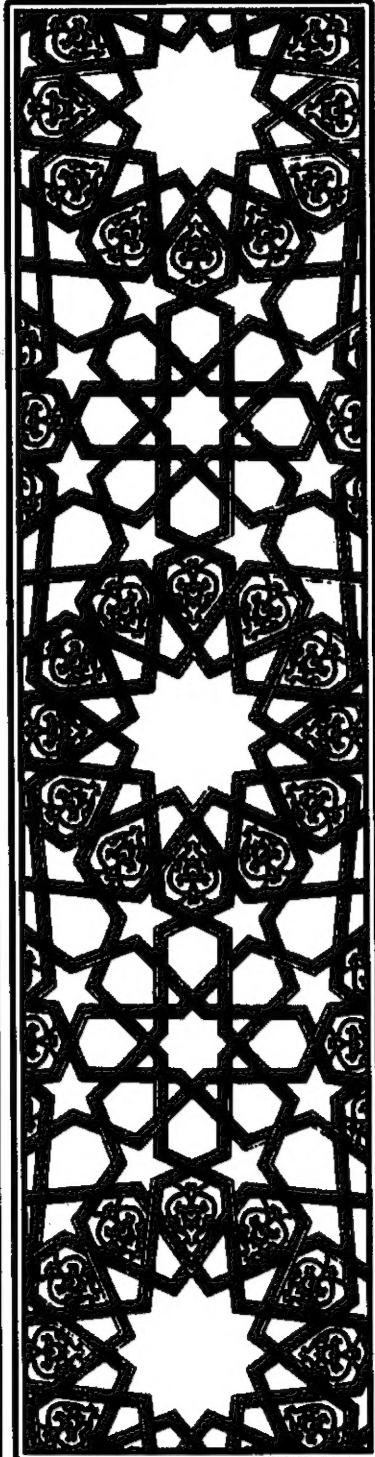
أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدير رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٤٠٨ - ١٩٨٦
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-010-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: <http://zalml.org/arabic>
الايمل: dr.alzalml@gmail.com
فيسبوك: [facebook.com/dr.alzalml](https://www.facebook.com/dr.alzalml)

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو
النسخ أو التصوير أو الترجمة الي أي لغة، الا بأذن خطي من المؤلف



﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً
وَّاحِدَةً ۖ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿١١٨﴾
إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ۚ وَلِذَلِكَ
خَلَقَهُمْ﴾

إهداء

إلى روح والدي الطاهرة..

إلى والدتي..

تخليداً لتوجيههما الأبوي وتشجيعاً لدعمهما التربوي..

إلى زوجتي المخلصة..

التي وفّت بالتزاماتها البيتية، فظلت خير عون على

تحقيق هذه الأمنية..

إلى أساتذتي..

إلى كل من لم ولن يبخل بما آتاه الله من مكنة خدمة

للعلم..

الفهرس

المقدمة	١٧
تمهيد	٢١
الأحكام الشرعية في القرآن الكريم	٢١
أولاً: الأحكام الاعتقادية (العقائدية)	٢١
ثانياً: الأحكام الأخلاقية (أو الخلقية)	٢١
ثالثاً: الأحكام الكونية	٢٢
رابعاً: الأحكام العبرية	٢٤
خامساً: الأحكام الشرعية العملية	٢٤
أدلة الأحكام الشرعية	٢٧
المقارنة بين الفقه والشريعة	٢٨
نشأة الفقه	٢٩
تطور الفقه	٣٠
طريقة الصحابة في الاستنباط	٣٠
الطابع العام لفقه الصحابة	٣٠
الأسباب الإجمالية لاختلاف الصحابة	٣١
أسباب قلة اختلافهم	٣١
الفقه في عهد التابعين	٣١
المدارس الفقهية في عهد التابعين	٣٢
أ- مدرسة المدينة	٣٢
ب- مدرسة الكوفة	٣٣
أصول استنباط التابعين	٣٣
الطابع العام لفقه التابعين	٣٣
أسباب اختلاف التابعين	٣٤
الفقه في عصره الذهبي	٣٥
عوامل النهضة الفقهية في هذا العصر	٣٧

٣٧	التقليد
٣٩	أنمة المذاهب ومنعاهم الفقهي
٣٩	١- أبو حنيفة (٨٠-١٥٠ هـ)
٤١	أصول استنباطه
٤١	طابع الفقه
٤٣	أشهر أصحابه
٤٣	٢- الإمام مالك (٩٣-١٧٩ هـ)
٤٤	مكانته العلمية
٤٤	أثر بيئة المدينة في الفقه
٤٤	أصول استنباطه
٤٥	طابع فقهه
٤٦	أشهر أصحابه
٤٧	٣- الإمام الشافعي (١٥٠-٢٠٤ هـ)
٤٧	نشأته
٤٧	مكانته العلمية
٤٨	عمله الفقهي
٤٨	أصول استنباطه
٤٩	طابع فقهه
٥٠	آراؤه القديمة والجديدة
٥١	أشهر أصحابه
٥١	٤- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١ هـ)
٥١	نشأته
٥٢	صفاته
٥٢	أصول استنباطه
٥٣	أسباب كثرة الروايات عن الإمام أحمد
٥٤	الطابع العام
٥٥	أشهر أتباعه
٥٥	الإمام ابن تيمية (٦٦١-٧٢٨ هـ)
٥٦	الإمام ابن القيم (٦٩١-٧٥١ هـ)
٥٧	٥- الإمام جعفر الصادق (٨٠-١٤٨ هـ)
٥٧	أصول استنباط الإمامية

- ٥٧ الطابع العام لفقههم
- ٥٩ ٦- الإمام زيد (٨٠- ١٢٢هـ)
- ٥٩ نشأته
- ٥٩ أصول استنباط الزيدية
- ٦٠ الطابع العام لفقه الزيدية
- ٦١ ٧- داود الظاهري (٢٠٢- ٢٧٠ هـ)
- ٦١ ابن حزم الظاهري (٣٨٤- ٤٥٦ هـ)
- ٦٢ الطابع العام لفقه الظاهرية
- ٦٢ ٨- الإمام جابر الأباضي (٢١- ٩٣ هـ)
- ٦٣ الاستنتاج

الباب الأول:

- ٦٥ الاختلاف في الأحكام تبعاً للاختلاف في القواعد الأصولية والفوقية
- ٦٧ الفصل الأول: اللفظ باعتبار وضعه خاص، أو عام، أو مشترك
- ٦٨ المبحث الأول: الخاص
- ٦٨ المطلب الأول: الخاص.. دلالاته.. أثره على اختلاف الفقهاء
- ٦٨ الخاص
- ٦٩ حكم الخاص
- ٨٤ أنواع الخاص
- ٨٥ المطلب الثاني: الاختلاف في مقتضى الأمر وأثره على الاختلاف في الأحكام
- ٨٦ الفرع الأول: الاختلاف في طبيعة الطلب المقصود من الأمر
- ٨٧ أوجه استعمال الأمر
- ٩٧ الفرع الثاني: الاختلاف في اقتضاء الأمر للمرة أو التكرار
- ١٠١ الفرع الثالث: الاختلاف في اقتضاء الأمر للفور أو التراخي
- المطلب الثالث: الاختلاف في مقتضى النهي وأثره على الاختلاف في الأحكام الشرعية
- ١٠٨ ماهية النهي
- ١٠٨ صيغ النهي
- ١٠٩ أوجه استعمال النهي
- ١١٠ المعنى الحقيقي للنهي
- ١١١ النهي يقتضي الترك على الفور والنوام
- ١١٢ اقتضاء النهي للفساد

- الفرع الأول: النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً ١١٣
- الفرع الثاني: النهي يقتضي الفساد مطلقاً ١١٩
- الحنابلة ١١٩
- الظاهرية ١٢٠
- الزيدية ١٢١
- تقوم هذا الإتجاه الواسع ١٢٢
- الفرع الثالث: الإتجاه المعتدل ١٢٣
- الحنفية ١٢٣
- الفرع الرابع: نماذج من المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في قاعدة "النهي يقتضي الفساد" ١٢٧
- أولاً- الإختلاف في أحكام الزواج ١٢٧
- ثانياً- الإختلاف في أحكام الطلاق ١٣٦
- ثالثاً الإختلاف في أحكام المعاملات المالية ١٤٠
- رابعاً- الإختلاف في أحكام العبادات ١٤٧
- المطلب الرابع: المطلق والمقيّد وأثرهما على الاختلاف في الأحكام ١٥٠
- الفرع الأول: حقيقة المطلق والمقيّد وأحكامهما ١٥٠
- حكم المطلق ١٥١
- حكم المقيّد ١٥٢
- الفرع الثاني: حمل المطلق المقيّد ١٥٦
- المبحث الثاني: العام وأثره في اختلاف الفقهاء في الأحكام ١٦٥
- المطلب الأول: أقسام العام ودلالته ١٦٥
- العموم العرفي ١٦٦
- والعموم العقلي ١٦٦
- دلالة العام بين القطعية والظنية ١٦٦
- المطلب الثاني: تخصيص العام ١٦٩
- التخصيص ١٦٩
- الفرع الأول: تخصيص العام بمنزلة الواحد ١٧٠
- الفرع الثاني: تخصيص العام بالقياس ١٧٢
- الفرع الثالث: تخصيص العام بالعرف ١٧٦
- المبحث الثالث: المشترك اللفظي وأثره في اختلاف الفقهاء ١٧٩
- المطلب الأول: الإختلاف في وجوده ١٧٩

المطلب الثاني: في استعمال المشترك في جميع معانيه	١٨١
المطلب الثالث: حمل المشترك على مدلوله	١٨٢
الفصل الثاني: تقسيم الالفاظ باعتبار الدلالة	١٨٧
المبحث الأول: منهج الحنفية	١٨٩
الفرع الأول: عبارة النص	١٨٩
الفرع الثاني: إشارة النص (دلالة الإشارة)	١٩٠
الفرع الثالث: دلالة النص	١٩٢
الفرع الرابع: اقتضاء النص	١٩٦
عموم المقتضى	١٩٧
المبحث الثاني: منهج الجمهور	٢٠٢
دلالة المنطوق	٢٠٢
دلالة المفهوم	٢٠٤
الفرع الأول: مفهوم الموافقة	٢٠٤
الفرع الثاني: مفهوم المخالفة	٢١٠
أهم أنواع مفهوم المخالفة	٢١٤
الفصل الثالث: تقسيم الالفاظ باعتبار وضوح الدلالة وخفائها	٢١٩
المبحث الأول: التقسيم باعتبار الوضوح عند الحنفية	٢٢٠
١. الظاهر	٢٢٠
٢. النص	٢٢١
٣- المفسر	٢٢١
٤- المحكم	٢٢٢
المبحث الثاني: التقسيم باعتبار الوضوح عند الجمهور	٢٢٦
مقارنة بين منهج الحنفية ومنهج الجمهور	٢٢٧
الظاهر والمؤول	٢٢٨
موقف الظاهرية من الظاهر	٢٢٨
شروط التأويل	٢٢٩
أنواع التأويل	٢٣٠
المبحث الثالث: التقسيم باعتبار الخفاء عند الحنفية	٢٣٥
أولاً: الخفي	٢٣٥
ثانياً: المشكل	٢٣٨
ثالثاً: المجمل	٢٤٠

٢٤٢	رابعاً: المتشابه
٢٤٥	المبحث الرابع: التقسيم باعتبار الحفاء عند الجمهور
٢٤٥	المجلد
٢٤٥	أنواعه
٢٤٧	أثر المجلد في اختلاف الفقهاء
٢٤٩	المتشابه
	الفصل الرابع: تقسيم الألفاظ باعتبار الاستعمال إلى الحقيقة والمجاز والكناية
٢٥١	
٢٥٢	المبحث الأول: الحقيقة
٢٥٢	أحكام الحقيقة
٢٥٤	المبحث الثاني: المجاز وأحكامه
٢٥٦	أحكام المجاز
٢٦٢	المبحث الثالث: الكناية
٢٦٢	مجال استعمال الكناية لدى الفقهاء
٢٦٣	الكناية في الطلاق
	الباب الثاني:
٢٦٥	اختلاف الفقهاء بسبب اختلافهم في السنة
٢٦٧	الفصل الأول: في حقيقة السنة وأقسامها
٢٦٨	المبحث الأول: السنة وأقسامها
٢٦٨	السنة
٢٦٨	أقسام السنة باعتبار ذاتها
٢٧٥	المبحث الثاني: مركز السنة النبوية وأهميتها
٢٧٩	الفصل الثاني: السنة المتصلة
٢٨٠	المبحث الأول: مراتب السنة المتصلة وأثرها في اختلاف الفقهاء
٢٨١	المطلب الأول: السنة المتواترة
٢٨١	التواتر
٢٨١	شروط التواتر
٢٨٢	أنواع السنة المتواترة
٢٨٣	المطلب الثاني: السنة المشهورة
٢٨٣	مرتبتها في القوة
٢٨٣	حكمها

المطلب الثالث: خبر الآحاد	٢٨٦
مرتبه في القوة	٢٨٦
حكمه	٢٨٦
المبحث الثاني: شروط الراوي وأثرها في اختلاف الفقهاء	٢٨٩
المبحث الثالث: شروط العمل بخبر الواحد وأثرها في اختلاف الفقهاء	٢٩٦
المطلب الأول: شروط الحنفية للعمل بالخبر الواحد	٢٩٧
المطلب الثاني: شروط الإمام مالك للعمل بخبر الواحد	٣١٤
المطلب الثالث: شروط الشيعة الزيدية والإمامية والخوارج للعمل بخبر الواحد	٣١٧
أ- الشيعة الإمامية	٣١٧
ب- رأي الشيعة الإمامية	٣١٨
ج- رأي الخوارج في العمل بخبر الواحد	٣٢١
الحديث المرسل وأثره في اختلاف الفقهاء	٣٢٢
الفصل الثالث: الاختلاف في العلم بالحديث أو في تحديد المراد منه أو في قيام التعارض	٣٢٢
المبحث الأول: الاختلاف في العلم بالحديث	٣٢٨
أ- اختلاف الصحابة بسبب اختلافهم في العلم بالحديث	٣٢٨
ب- اختلاف التابعين بسبب اختلافهم في العلم بالحديث أو الثقة به	٣٣٠
ج- اختلاف أئمة المذاهب الجاهلية بسبب اختلافهم في العلم بالحديث	٣٣١
المبحث الثاني: الاختلاف في فهم المراد	٣٣٥
أ- اختلاف الصحابة المبني على اختلافهم في فهم مراد الرسول (ﷺ)	٣٣٥
من قوله أو فعله	٣٣٥
ب- اختلاف الفقهاء لاختلافهم في فهم المراد من الحديث	٣٣٧
المبحث الثالث: الاختلاف في قيام التعارض وفعله	٣٤٣
الباب الثالث:	
اختلاف الصحابة والتابعين في الأحكام الشرعية تبعاً لاختلافهم في المصادر التجريبية	٣٥٢
الفصل الأول: اختلاف الصحابة في العمل والاحتداد بالمصادر التجريبية وأثر ذلك في اختلافهم في الأحكام	٣٥٥
المبحث الأول: مصادر التشريع في عهد الراشدين (١١-٤٠هـ)	٣٥٦
تطور الفقه بعد الرسول (ﷺ)	٣٥٦
١- تطور الحياة وتجدد الحوادث	٣٥٧

٣٥٧.....	٢- اتساع رقعة الدولة الإسلامية
٣٥٨.....	٣- خلود الشريعة وطابعها العام
٣٥٨.....	٤- تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع
٣٥٨.....	إقرار الاجتهاد من الرسول (ﷺ)
٣٦٠.....	طريقة فقهاء الصحابة في الاستنباط
٣٦٠.....	الرأي
٣٦١.....	موقف الصحابة من الرأي
٣٦٣.....	طريقة الصحابة في الاخذ بالرأي وتطبيقه
٣٦٤.....	المبحث الثاني: اجتهاد الصحابة بالرأي عن طريق القياس
٣٦٤.....	المبحث الثالث: اجتهاد الصحابة بالرأي عن طريق المصالح المرسله وسد النرائع
٣٧١.....	والاستحسان
٣٧١.....	المطلب الأول: العمل بالمصلحة
٣٧٦.....	المطلب الثاني: العمل بسد النرائع
٣٧٨.....	المطلب الثالث: العمل بالاستحسان
٣٨١.....	الفصل الثاني: اختلاف فقهاء التابعين لاختلافهم في الاجتهاد بالرأي
٣٨٢.....	المبحث الأول: اختلاف الشيعة مع الجمهور
٣٨٥.....	المبحث الثاني: اختلاف الخوارج مع الجمهور
٣٩٧.....	المبحث الثالث: انقسام الجمهور الى أهل الرأي وأهل الحديث
	الباب الرابع:
٤٠٥.....	اختلاف أئمة المذاهب الفقهية في الأحكام تبعاً لاختلافهم في المصادر التبعية
٤٠٧.....	الفصل الأول: الاختلاف في الإجماع
٤٠٨.....	المبحث الأول: الإجماع العام
٤١٢.....	المبحث الثاني: الإجماعات الخاصة
٤٢١.....	الفصل الثاني: القياس وأثره في اختلاف الفقهاء في الأحكام
٤٢٢.....	المبحث الأول: حجية القياس
٤٢٨.....	المبحث الثاني: ما يجري فيه القياس
٤٣٥.....	الفصل الثالث: الاستحسان وأثره في اختلاف الأحكام
٤٣٦.....	المبحث الأول: آراء العلماء من الأصوليين والفقهاء في الاستحسان
٤٣٦.....	الحنفية
٤٣٩.....	المالكية
٤٣٩.....	الشافعية

٤٤١.....	الحنابلة
٤٤٢.....	الإمامية
٤٤٣.....	الشيعة الزيدية
٤٤٤.....	الإباضية
٤٤٤.....	الظاهرية
٤٤٧.....	المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الاجتهاد بالرأي عن طريق تطبيق الاستحسان
٤٥٣.....	الفصل الرابع: المصالح المرسله وأثرها في اختلاف الأحكام
٤٥٤.....	المبحث الأول: حجية المصلحة المرسله
٤٥٨.....	المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في هذا الأصل
٤٦٣.....	الفصل الخامس: قول الصحابي وأثره في اختلاف الأحكام
٤٦٤.....	المبحث الأول: حجية قول الصحابي
٤٧٠.....	المبحث الثاني: المسائل التطبيقية الخلافية المتفرعة عن هذا الخلاف
٤٧٥.....	الفصل السادس: الاستصحاب وأثره في اختلاف الأحكام
٤٧٦.....	المبحث الأول: الاستصحاب وأنواعه والاحتجاج به
٤٨٠.....	المبحث الثاني: المسائل التطبيقية الخلافية
٤٨٥.....	الفصل السابع: الاحتجاج بسد الذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء
٤٨٦.....	المبحث الأول: سد الذرائع والاحتجاج به
٤٨٦.....	أقسام الذريعة
٤٩١.....	المبحث الثاني: نموذج من التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الاحتجاج بسد الذرائع
٤٩٥.....	الفصل الثامن: العرف وأثره في اختلاف الفقهاء
٤٩٦.....	المبحث الأول: أقسام العرف وأعتبره
٤٩٦.....	العرف وأقسامه
٤٩٧.....	شروط اعتبار العرف
٤٩٩.....	أهمية العرف
٥٠٠.....	شواهد نصوية على اعتبار الفقهاء للعرف
٥٠١.....	أثر العمل بالعرف في اختلاف الفقهاء
٥٠٣.....	المبحث الثاني: نموذج من التطبيقات الفقهية الخلافية المترتبة على الاختلاف في العمل بالعرف

المقدمة

الحمد لله الذي قال لعباده: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَاتَّمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً﴾^(١)، وجعل لهم من أصول شريعته ذريعة إلى فروعها، وألهم منهم من شاء ما شاء من استنباط أحكامه من ينبوعها.

والصلاة والسلام على من خوله الشارع الأول ببيان نصوص آياته بقوله: ﴿... وَانزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٢)، لإرشاد هذه الأمة إلى معقول الأدلة ومنقولها.

وعلى آله وأصحابه الذين كانوا نجوم الهداية وشموع الدراية، فاقصدى بهم الأئمة المجتهدون في اعتبار حكم الأحكام، وعلل النصوص، والأخذ بمنطوقها ومفهومها.

وبعد..

فإن من آيات الله، أن خلق الإنسان مختلفاً في ألسنته وألوانه، ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣). ولم يقف الاختلاف عند هذا الحد، بل جاوزه إلى المواهب الخلقية، والاستعدادات الفطرية، والمدارك الذهنية، وبالتالي شمل الآثار من الآراء العقلية، والتصرفات القولية والفعلية.

وبذلك أصبح الاختلاف جزءاً من طبيعة الإنسان، يبدأ من تكوينه ويرافق أدوار حياته، فيمر بمداركه وينتهي بآثاره: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ﴾^(٤). فهو سبحانه وتعالى لم يشأ جعل الناس أمة واحدة، لأن الاختلاف هو الذي ينسجم مع طبيعته، فيتفق وما يعمله من التفات في المدارك والنزعات، والمؤهلات الذاتية والعرضية، بالإضافة إلى المؤثرات الأسرية والبيئية...

فلا غرو إذاً أن يصبح الاختلاف في الآراء والأحكام ظاهرة طبيعية في كل تشريع سماوي، وكل قانون وضعي. واختلاف فقهاء المسلمين في الأحكام الشرعية جزء لا يتجزأ من هذه الظاهرة.

^١ المائدة: ٣

^٢ النحل: ٤٤

^٣ الروم: ٢٢

^٤ هود: ١١٨-١١٩

أضف إلى ذلك أن الاختلاف للوصول إلى أحسن تنظيم للحياة، بحيث يحقق رضا الخالق وسعادة المخلوق رحمة ونعمة وتوسعة.^(١)

والاختلاف منه ما هو مذموم كاختلاف أهل البدع والأهواء، ﴿إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِعَاعاً لَمْ تَكُنْ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ...﴾ الآية^(٢). ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ...﴾ الآية^(٣).

ومنه ما هو مدح كاختلاف فقهاء الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين (رضوان الله عليهم أجمعين)، لكونه مبنياً على استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة ومستنداً إلى أسباب أقرها الشرع.

غير أن البحث عن هذه الأسباب على الرغم من أهميته وحيرته لم يكتب فيه إلا القليل، وأول من تناول ذلك بالبحث - حسب ما أعلم - هو البطليوسي.^(٤) (رحمه الله)

فهو يمحصر أسباب الاختلاف في أمور ثمانية هي: الاشتراك، والحقيقة والمجاز، والإفراد والتركيب، والخصوص والعموم، والرواية والنقل، والاجتهاد فيما نص فيه، والناسخ والمنسوخ، والإباحة والتوسع.

والواقع - كما أبينه في هذا البحث - أن هذه الأسباب ترجع إلى أمور ثلاثة، وهي ما يتعلق بالقواعد الأصولية واللغوية، وما يتعلق بالسنة، والاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه. ثم إن استعراض البطليوسي لهذا الموضوع ليس فقهياً، بل هو أدبي ولغوي، فلم يتطرق للمسائل الفقهية إلا نادراً.^(٥)

^١ أخرج الطبراني (رحمه الله): أن النبي ﷺ قال: ((اختلاف أمتي رحمة))، وفي رواية ((اختلاف أصحابي رحمة)). يقول العلامة المناوي (عبدالقادر الطبري ت ١٠٧٨ هـ) في شرح هذا الحديث: "إختلافهم توسعة على الناس يجعل المذاهب كشرائع متعددة بعث النبي بكلها لئلا تضيق بهم الأمور، ولم يكلفوا بما لا طاقة لهم به توسعة في شريعتهم السمحة السهلة، اختلاف المذاهب نعمة كبيرة وفضيلة جسيمة خصت بها هذه الأمة".

^٢ الأنعام: ١٥٩

^٣ آل عمران: ١٠٥

^٤ هو أبو محمد عبدالله بن محمد بن السيد (٤٤٤ - ٥٢١ هـ) وقد ألف كتاباً سماه (الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الإختلاف بين المسلمين في آرائهم)

^٥ راجع (الإنصاف) المرجع السابق، ص ٢٧ فما بعدها.

وتطرق ابن رشد^(١) (رحمه الله) في (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)^(٢) إلى هذا الموضوع ورأى أن أسباب الخلاف تعود إلى ستة أمور، أحدها هو تردد اللفظ بين أن يكون عاماً يراد به العام أو الخاص، أو خاصاً يراد به العام أو الخاص، والثاني هو اشتراك الألفاظ والمعاني، والثالث هو اختلاف الإعراب، والرابع: هو تردد اللفظ بين الحقيقة وبين نوع من أنواع المجاز أو بينهما وبين الاستعارة، والخامس هو الإطلاق والتقييد، والسادس هو التعارض بين الأدلة.

وأنت ترى أن هذه الأسباب - باستثناء تعارض الآثار الذي يندرج تحت الاختلاف في السنة - ترجع كلها إلى سبب واحد وهو الاختلاف في القواعد الأصولية واللغوية، ثم إن هذا التقسيم إلى جانب كونه غير جامع، فإنه ليس مبنياً على أساس عقلي أو استقرائي. ثم حاول ابن تيمية^(٣) في كتابه (رفع الملام عن الأئمة الأعلام)^(٤) حصر الأسباب في ثلاثة: الأول عدم اعتقاد المجتهد كون الحديث من النبي ﷺ، والثاني عدم اعتقاده إرادة تلك المسألة بذلك القول، والثالث اعتقاده نسخ ذلك الحكم. ثم فرّع عن هذه الأمور عشرة أسباب كلها تتعلق بالحديث، أي ترجع إلى سبب واحد هو الاختلاف فيما يتعلق بالسنة. ثم ردد الشاطبي^(٥) في كتابه (الموافقات)^(٦) ما قاله البطلوسي ولم يزد على ذلك إلا التفريق بين الخلاف الحقيقي والخلاف الظاهري.

ثم تناول الموضوع بالبحث الشاه ولي الله الدهلوي^(٧) في كتابه (الإنصاف في بيان سبب الاختلاف) ولم يزد على ما قاله ابن تيمية سوى الاجتهاد بالرأي بسبب انقسام المدارس الفقهية إلى أهل الرأي وأهل الحديث.

وأخيراً كتب عن أسباب الاختلاف الأستاذ الشيخ على الحقيف^(٨) وقد قدم جهوداً مشكورة في هذا المجال، والخلاف في نظره يرجع إما إلى الاختلاف في فهم النصوص بسبب

^١ محمد الأندلسي القرطبي الشهير بإبن رشد الحفيد (ت - ٥٩٥ هـ).

^٢ ٦-٥/١.

^٣ هو تقي الدين أبو العباس أحمد عبدالحليم بن عبد السلام بن تيمية (٦٦١ - ٧٢٨ هـ).

^٤ ص ٤ - ١٥.

^٥ إبراهيم اللخمي الغرناطي المالكي (ت - ٧٩٠ هـ).

^٦ ٢١١/٤ فما بعدها.

^٧ (ت - ١١٨٠ هـ).

^٨ في محاضرات ألّفها على طلبة قسم الدراسات الدينية في القاهرة ١٩٥٦ - ١٩٥٧.

الاشترك والحقيقة والمجاز.. أو في فهم أساليب النصوص كمفهوم المخالفة.. أو إلى الاختلاف فيما لا نص فيه. غير أنه لم يحاول تحليل الخلاف في تلك القواعد الأصولية تحليلاً علمياً، كما لم يحاول تنسيق أسباب الخلاف وحصرها في نطاق معين.

وقبل ترك هذه المقدمة أودّ أن أبين أن ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أمور كثيرة أهمها:

١- العمل على تطوير الدراسات الأصولية والفقهية والإفادة من نتائج التلاقي الفكري في أوسع نطاق عن طريق ربط الفقه بأصوله من جهة، والمقارنة بين آراء الأصوليين والفقهاء في مختلف المذاهب من جهة ثانية، لأن الطريقة التقليدية لدراسة الفقه أو أصول الفقه غالباً طريقة انفرادية مبنية على عزل الفقه عن أصوله، وعزل الأصول عن فروعها، ومستندة إلى اعتزاز كل مذهب بأصوله وفروعه، والإعراض عما للمذاهب الأخرى من الأصول والفروع، مما أضاف جموداً إلى جمود في الفقه الإسلامي منذ القرن الرابع الهجري إلى يومنا هذا.

٢- تقريب شقة الخلاف بين المذاهب الإسلامية، ووضع حد للتعصب المذهبي أو الطائفي الناشئ من التأثير بعوامل متفرقة أهمها جهل علماء بعض المذاهب بأسس وركائز البعض الأخرى.

٣- محاولة البلوغ إلى واقع الفقه الإسلامي من أيسر طرقه وأقصرها، وهي عادة لا تتضح إلا بالمقارنة بين أصول استنباط فقهاء المسلمين والوصول إلى نقطة الخلاف وأسبابه، فعندئذ يتبين الراجح من المرجوح ويتميز السديد من الضعيف، بعد عرض الآراء ومناقشتها وتقويمها.

٤- إزالة الشكوك التي تساور بعض النفوس الضعيفة فتقول: إذا كان القرآن واحداً، والنبي واحداً، فلمَ هذا الاختلاف؟ ولماذا لم تتفق كلمة الفقهاء في الفروع؟ وما هي أسباب هذه الخلافات؟... إلى غير ذلك من الشكوك والأسئلة التي أساسها الجهل بأسباب الاختلاف.

٥- تقويم الجهود المشكورة التي قدمها هؤلاء الأئمة الأعلام للأمة الإسلامية، والإفادة من الثروة الفقهية العظيمة التي هي ثمرة عمل مئات السنين لآلاف المفكرين من فقهاء المسلمين الذين وصلوا النهار بالليل في سبيل إنارة الطريق أمام أجيالهم القادمة.

تمهيد

يتناول أموراً تمهيدية لها صلة بالموضوع من الناحية التحليلية والتاريخية.

الأحكام الشرعية في القرآن الكريم:

يرى علماء أصول الفقه أن الأحكام الشرعية في القرآن ثلاثة أقسام، وهي: الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية، وهذا الاتجاه مخالف للحقيقة والواقع، لأن أحكام القرآن خمسة أقسام، وهي: الأحكام الاعتقادية أو العقائدية، الأحكام الأخلاقية، الأحكام الكونية، الأحكام العبرية، والأحكام العملية.

أولاً: الأحكام الاعتقادية (العقائدية):

وهي التي تتعلق بعقيدة الإنسان من معرفة ذات الله وصفاته وأفعاله وما يتفرع عنها من الإيمان بالمقبيات، وهذه الأحكام هي الأساس الرئيس للأحكام الأربعة الباقية، فالغاية منها اكتساب العقيدة الدينية الثابتة التي هي قوام الحياة الصحيحة للأسرة البشرية، والعمود الفقري لهيكل المجتمع، والعرق النابض في جسم الفرد. والعلم الذي يتكفل ببيان هذه الأحكام هو علم الكلام (أو علم العقائد).

ثانياً: الأحكام الأخلاقية (أو الخلقية):

تلتقي الأخلاق مع العقيدة الدينية في أن كلا منهما يمثل جانباً من جوانب شخصية الإنسان وطاقة من طاقاته الدينية والسلوكية، لذا كانت ولا تزال الصلة بينهما وثيقة، وأن هذه الصلة قائمة على أسس نفسية، منها وجدانية ومنها عقلية، غير أن العقيدة الدينية بشدة فاعليتها وقوة سلطانها على الأفراد والجماعات، احتلت المكانة الأولى، بل العقيدة في الحقيقة والواقع متبوعة، والأخلاق تابعة ولازمة لماهيتها لزوماً ذهنياً وخارجياً، فمن النادر أن نجد الأخلاق الكاملة عند شخص لا عقيدة له، أو نجد من يملك العقيدة الصحيحة لا أخلاق له. فالأخلاق لازمة للعقيدة كلزوم الزوجية للأربعة، وقد اهتم القرآن الكريم

بالأخلاق، بحيث لا توجد فيه صحيفة واحدة تخلو من جانب من جوانب الأخلاق صراحة أو إشارة.

ثالثاً: الأحكام الكونية:

يتضمن القرآن الكريم آيات كونية كثيرة ذات معانٍ علمية، وهي واصله إلى درجة الإعجاز، ولم يدركها المفسرون الأولون، بل منها ما اكتشفها التطور العلمي الحديث وبيّن معانيها ومقاصدها، ومنها ما لم تُكتشف بعد وهي تنتظر الاكتشافات العلمية الجديدة في المستقبل، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ...﴾^(١).

وحكمة الأحكام الكونية هي تقوية الإيمان بذات الله وبالقرآن الكريم وتثبيت العقيدة، بأن القرآن ليس من صنع البشر، وإنما هو وحي منزل. وبالإضافة إلى ذلك فإن فيها توجيه الإنسان إلى التفكير في هذا الكون المسخر للانتفاع به مادياً ومعنوياً، ولكن قليل من الناس يدركون الأسرار الكونية لهذه الآيات وفلسفتها، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ﴾^(٢).

ثم إن في إعجاز الآيات القرآنية الكونية تغييداً للمزاعم التي تنشر بين أونة وأخرى في الأبحاث المقروءة والمرئية وغير المرئية، تحت عنوان علوم المستقبل أو غير ذلك، مما يتعلق بعمر الكون بوجه عام وعمر الأرض بوجه خاص وعمر الإنسان بوجه أخص، وتتضمن تلك المنشورات المضلّة أرقاماً خيالية للأعمار المذكورة، وهذه الاكتشافات الخيالية المضلّة المختلفة، ومحاولات لإضعاف إيمان المؤمنين بوجود الله، على أساس إرجاع الكون وما فيه إلى الطبيعة من جهة وإضعاف الإيمان بمسؤولية الآخرة من جهة أخرى. ففي اختلاقها دسّ وفي ترجمتها دسّ وفي نشرها دسّ من وراء الستار، ومن هذه الأكاذيب الخيالية المضلّة ما نشرته مجلة (علوم المستقبل) الصادرة في وزارة الإعلام في بغداد،^(٣) العدد (٣) صفحة (٤) تحت عنوان (ما قبل الانفجار الأعظم) (١٥) مليار سنة ضوئية، ومن ثم (١٥) مليار سنة خلت في الماضي السحيق، استطاع الفلكيون في هذا العصر التغلغل بأجهزتهم المتطورة في تلك

^١ فصلت: ٥٣

^٢ العنكبوت: ٤٣

^٣ في بداية الثمانينيات من القرن الماضي.

السنين، إلا أن الأمر ما يزال غامضاً. وهذا ما قاله العالم الكوني الروسي (أندريا ليندا)، وقد رسم لنا رسماً خيالياً للكون سماه الانفجار الأعظم وهو لا حقيقة له ولا وجود له إلا في خياله الفاسد المفسد. والذي سماه الانفجار الأعظم، نصّ عليه القرآن صراحة، ولكن المفجر هو الله، وليس الطبيعة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا^(١) فَفَتَقْنَاهُمَا وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ^(٢)﴾

حكمة أحكام الآيات الكونية:

هي تقوية الإيمان بالله وبما يتفرع عنه واستثمار الفضاء، ومن تلك الآيات التي بينت الشحنات الكهربائية قبل اكتشاف الكهرباء بأكثر من ثلاثة عشر قرناً، فقال تعالى: ﴿الْم تَرَ أَنَّ اللَّهَ يُزْجِي^(٣) سَحَابًا ثُمَّ يُؤَلَّفُ بَيْنَهُ ثُمَّ يُجْعِلُهُ رُكَامًا فَتَرَى الْوَدْقَ يَخْرُجُ مِنْ خِلَالِهِ وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ جِبَالٍ فِيهَا مِنْ بَرَدٍ فَيُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَصْرِفُهُ عَنْ مَنْ يَشَاءُ يَكَادُ سَنَآ بَرْقُهُ يَذْهَبُ بِالْأَبْصَارِ^(٤)﴾.

ومعجزة هذه الآية الكونية في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يُؤَلَّفُ بَيْنَهُ﴾، فقد كان المفسرون الأولون يبرون بهذه الكلمات على أنها من المجازات البلاغية، في حين أنها من الحقائق الكونية المتعلقة بإعجاز القرآن، لأنها تدل بوضوح على الطاقة الكهربائية في السحاب قبل اكتشافها بقرون، وهذه الطاقة هي أساس تلك الظواهر الجوية، فإن التأليف بين قطع السحاب إنما هو إشارة واضحة بل وصف دقيق للتقريب بين قطع السحاب المختلفة في الطاقة الكهربائية، حتى يتجاذب بعضها مع بعض ويتصبا المجموع في الجو كتعبئة الجيوش بما يتفق مع ما يريد الله أن يخلقه من بين السحاب من برق وصواعق، ومن مطر أو برد، وإذا تم تجاذب السحاب بعضه فوق بعض، نشأ السحاب الركام، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُرِيكُمُ الْبَرْقَ خَوْفًا وَطَمَعًا وَيُنْشِئُ السَّحَابَ الثِّقَالَ^(٥)﴾.

وفي هذه الآية إشارتان، إحداها شبهت السحاب الركام الذي يتكون البرد داخله بالجبال، والثانية هي أنها إشارة إلى عظم القوى الكهربائية المشتركة في تكوينه.

^١ أي شيئاً واحداً متصلاً ببعضه بعض، والرتق ضد الفتق، وهو الفصل بين الشيئين ملتصقين.

^٢ الأنبياء: ٣٠

^٣ أي يسوقه برفق.

^٤ النور: ٤٣

^٥ الرعد: ١٢

ومن الآيات الكونية قوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيَّاحَ لَوَاقِحَ فَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَاسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ﴾^(١).

إلى الأمس القريب فسر علماء التفسير اللقاح بأنه بين بذر التذكير وبيضة الأنثى من النباتات والأشجار، مع أن هذا التفسير يتنافى مع النتيجة وهو إنزال الماء من السماء.. والواقع أن اللقاح بين الشحنات الكهربائية الموجبة والسالبة في السحاب هو الذي يولد الصوت والبرق.

ومن الآيات الكونية أيضاً قوله تعالى: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ إِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُتُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُتُوا لَأَنْتُمْ نَارُ السَّلْطَانِ﴾^(٢). والمراد بالسلطان هنا هو العلم، ولو عمل المسلمون بما تدعو إليه هذه الآية الكونية، لكان المركبة التي نزلت على المريح إسلامية لا أمريكية.

رابعا: الأحكام العبرية:

وهي أحكام تؤخذ من الآيات التي تبحث عما فعلته الأمم السابقة قبل الإسلام وما نالته تلك الأمم من جزاء إن خيرا فخير وإن شراً فشر. وحكمة هذه الآيات وأحكامها هي أنها توجه الأجيال القادمة المتعاقبة بعد ظهور الإسلام نحو العبرة بما فعلته الأمم السابقة وما نالته من الجزاء. كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ﴾^(٣).

خامسا: الأحكام الشرعية العملية:^(٤)

وهي تنقسم إلى الثمانية الأنواع الآتية:

١- العبادات:

وهي أحكام تنظم علاقة الفرد بربه من صوم وصلاة وغيرهما، مما فيه تهذيب النفوس وصلاح الفرد وسعادة المجتمع.^(١)

^١ المجبر: ٢٢

^٢ الرحمن: ٣٣

^٣ يوسف: ١١١

^٤ لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ص ٣٧ ومايليها.

٢- أحكام الأسرة:

وهي أحكام تنظم الحقوق والواجبات الشخصية للإنسان من ولادته إلى وفاته من رضاء وحضانة وحجر وولاية وزواج وطلاق ونفقة ووقف وصية وكل ما يتعلق بشؤون التركة إلى غير ذلك.^(٢١)

٣- أحكام المعاملات المالية:

وهي أحكام تنظم علاقات الأفراد الناشئة من المعاملات فيما بينهم من التصرفات كالبيع والإجارة والرهن والوفاء بالعقود وأداء الأمانات.^(٢٢)

٤- أحكام مالية الدولة:

وهي أحكام تنظم موارد الدولة ومصارفها، كما تنظم العلاقات المالية بين الأغنياء والفقراء، وبين الدولة والأفراد، فتبين مصارف وموارد غزينة الدولة من المخرج والزكاة والمعادن...^(٢٣)

^١ وتناولها القرآن بصورة إجمالية فيما يقارب (١٤٠) آية، منها: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لَدُلُوكَ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ...﴾ (الأنعام: ٧٨). ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ...﴾ (البقرة: ١٨٣). ﴿وَكُلِّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...﴾ (آل عمران: ٩٧).

^٢ وتناولها القرآن في نحو (٧٠) آية، منها: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا...﴾ (الروم: ٢١). ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ...﴾ (النساء: ١). ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾ (النساء: ١١). ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرُّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ (البقرة: ٢٣٣).

^٣ وتناولها القرآن بطريقة إجمالية في (٧٠) آية تقريبا، منها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾ (النساء: ٢٩). ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً...﴾ (آل عمران: ١٣٠). ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...﴾ (البقرة: ٢٨٢).

^٤ وقد تناولها القرآن في عشر آيات، منها: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾ (الأنفال: ١). ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ...﴾ (الأنفال: ٤١). ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا

٥- أحكام دستورية:

هي أحكام تنظم العلاقات بين السلطة والفرد وتحدد حقوق وواجبات كل منهما.^(١)

٦- الأحكام الدولية:

وهي الأحكام التي تنظم العلاقات الدولية بين الدول الإسلامية والدول الأخرى في حالتها السلم والحرب، كالدعوة إلى اعتناق الدين الإسلامي، ومعاملة الأسرى، وعقد المعاهدات، والصلح والهدنة، وإقرار حقوق وواجبات أهل الذمة...^(٢)

٧- أحكام المرافعات:

وهي أحكام تنظم الإجراءات القضائية من رفع الدعوى إلى صدور الحكم بشكل يحقق العدالة التامة ويأخذ كل ذي حق حقه، كالدعوى والشهادات واليمين والقضاء ووجوب القيام بالقسط والعدل...^(٣)

وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنَى السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿التوبة: ٦٠﴾.

^١ وقد بين القرآن الكريم هذه العلاقات بمبادئ عامة في نحو عشر آيات، كمبدأ الشورى ﴿... وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ... الآية﴾ (الشورى: ٣٨)؛ والتضامن في المسؤولية ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ... الآية﴾ (المائدة: ٢)؛ وطاعة أولى الأمر ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ... الآية﴾ (النساء: ٥٩)؛ والعدل ﴿... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ... الآية﴾ (النساء: ٥٨).

^٢ وقد تناولها القرآن الكريم بمبادئ عامة وبيان إجمالي في نحو (٢٥) آية، منها: ﴿وَأَنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْتَنِبْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ... الآية﴾ (الأنفال: ٦١). ﴿... وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (التوبة: ٣٦). ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثَخَتُمْوهُمْ فَشُدُّوا الرِّقَابَ قَائِمًا مَّتَا بَعْدَ وَإِمَّا فِدَاءً... الآية﴾ (عند: ٤). ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (البقرة: ١٩٠). ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاقْتُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ١٩٤).

^٣ وقد تناولها القرآن الكريم ببيان إجمالي في نحو (١٣) آية تاركا تفاصيلها وتعريفات الأحكام لسنة الرسول واجتهاد المجتهدين، منها وقوله تعالى: ﴿... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ... الآية﴾ (البقرة: ٢٨٢). ﴿... وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (المائدة: ٤٥).

٨- الجنايات والعقوبات:

وهي أحكام تحدد الجرائم والعقوبات وتروم حفظ العقيدة والنفوس والأموال والعقول والأعراض.

وتعني الجنايات الأفعال التي تصدر من الإنسان فتلحق الأذى مادياً أو أدبياً بغيره أو بنفسه كالقتل والذف والسرقة والزنى وشرب الخمر وقطع الطريق...
وتعني العقوبات: القصاص والحدود والتعزيرات.^(١)

هذه هي أقسام الشرع الإسلامي وهو- كما ترى- يدخل في كل مجال تدخله القوانين الوضعية مع زيادة وفروق جوهرية منها:

- أ- الشرع الإسلامي يُنظّم علاقة الإنسان بحالقه دون القانون.
 - ب- الشرع الإسلامي ينظّم علاقة الإنسان بنفسه دون القانون.
 - ج- قواعد الشرع الإسلامي أخلاقية بخلاف القانون فهي تحاسب الإنسان على تحلفه عن معاونة الغير وعن سد حاجة الفقير.
 - د- الشرع الإسلامي إيجابى يأمر بالمعروف عن طريق الوعد بالشواب وسلبي ينهى عن المنكر عن طريق الوعيد بالعقاب بينما القانون سلبي فقط.
- وهكذا نجد في القرآن الكريم وفي السنة وفيما تركه السلف الصالح من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين من ثروة فقهية عظيمة تغنيانا عن اللجوء إلى استيراد القوانين الوضعية إذا ما عملنا على تطوير فقهننا في ضوء أسسه وأصوله العامة.

أدلة الأحكام الشرعية:

أدلة الأحكام الشرعية هي الآتية:

- إ- الدليل المنشئ للأحكام، وهو القرآن الكريم.
- ب- الدليل المبين للأحكام، وهو السنة النبوية.
- ج- الأدلة الكاشفة للأحكام، وهي التي تُسمى عند علماء أصول الفقه المصادر التبعية وهي الإجماع والقياس وغيرهما من سائر ما يُطلق عليه المصدر التبعية.

^١ وقد تناول القرآن الكريم هذه الأحكام ببيان إجمالي فيما يقارب (٣٠) آية منها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ...﴾ (البقرة: ١٧٨). ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة: ٣٨)

وفي الحقيقة والواقع أن ما يُسمى المصدر التبعية في أصول الفقه ليس مصدراً وإنما هو دليل كاشف للحكم الشرعي.

المقارنة بين الفقه والشرعة:

١- النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق بحسب الماصدق عند المصوِّة فكل فقه شرعية ولا عكس، والعموم والخصوص من وجه عند المُخَطَّنة^(١) لتصادقهما في الأحكام الفقهية التي أصاب فيها المجتهد حكم الله، وافتراق الفقه في الأحكام التي تتعلق بالناحية الاعتقادية والأخلاقية وبمفصص الأمم الماضية.

وبحسب المفهوم متغايران إذ أخذ في مفهوم كل ما لم يؤخذ في مفهوم الآخر.

٢- الشرعية كاملة بخلاف الفقه والذي لم يفرق بينهما زعم أن الشرعية لا تتسم بالشمول نظراً لتطور المجتمع البشري كالقانون الوضعي، فالمجتهد يعمل لسد ما فيها من الفراغ. وهذا الزعم ساقط وخلط بين الشرعية التي هي قواعد وأصول عامة تتناول أسس كافة شؤون الحياة، وبين الفقه الذي هو آراء الفقهاء، ومن جهة أخرى فإن قياس الشرعية على القانون الوضعي قياس فاسد، لأن القوانين الوضعية مهما قاربت في الدقة والشمول والصياغة الفنية درجة الكمال، فإن ظاهرة القصور فيها أمر حتمي لقصور مدارك المشرع الوضعي.

^١ المصوِّة هم القائلون بأن كل مجتهد مصيب غير أنهم اختلفوا في تصوير ذلك، فمنهم من قال: إن حكم الله في كل مسألة اجتهادية ظنية تابع لظن المجتهد، فما ظنّه فيها من الحكم، فهو حكم الله في حقه وحق مقلده.

ومنهم من قال: إن في المسألة شيئاً لو حكم الله فيها لكان بذلك الشيء، لكن لم يقع منه تعالى حكم على التعيين، بل جعل الحكم تابعاً لظن المجتهد، فمن لم يصادفه أصاب اجتهاداً - لأنه بذل الوسع - لا حكماً.

والمُخَطَّنة: هم القائلون بأن المصيب في المسألة واحد والله تعالى فيها حكم قبل الاجتهاد، فمن أصابه فهو مصيب ومن أخطأ فهو غلط. .. انظر المنار لأبسي البركات (ت-٧١٠هـ) وشرحه لأبن ملك ص ٦٢٥-٦٢٨.

٣- الشريعة عامة بخلاف الفقه ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١)، وهذا العموم ملموس من واقع الشريعة ومقاصدها ونصوصها التي تحاطب البشرية كافة ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ﴾^(٢)

٤- صفة الإلزام: الشريعة الإسلامية ملزمة للبشرية كافة، فكل إنسان إذا توافرت فيه شروط التكليف ملزم بكل ما جاءت به عقيدة وعبادة وخلقا وسلوكا بخلاف الفقه الناتج من آراء المجتهدين، فرأي أي مجتهد لا يلزم مجتهدا آخر، بل لا يلزم مقلده متى ما وجد المقلد رأي مجتهد آخر يتبعه، ومن قواعد الأصول (أن العامي لا مذهب له) أي أنه غير ملزم باعتناق مذهب معين دائما.

٥- والفقه الذي هو من استنباط المجتهد قد يعالج مشاكل المجتمع في زمان أو مكان بعلاج يمكن ألا يصلح لمشاكل زمان أو مكان آخر، بخلاف الشريعة الشاملة زمانا ومكانا.

نشأة الفقه:

نشأة الأحكام الفقهية مع ميلاد الشريعة، وهي في صدر الإسلام استنبطت من أحكام وردت في القرآن الكريم بجانب الأحكام الاعتقادية والأخلاقية، ومن أحكام صدرت من الرسول ﷺ كقضائه في خصومه، وفتواه في واقعة، ومن فتاوى الصحابة وأقضيتهم والتي استنبطت من القرآن والسنة والإجماع والرأي.

وفي عهد التابعين وتابعي التابعين والأئمة المجتهدين اتسع إقليم الدولة الإسلامية فدخل الإسلام أقوام فواجهت المسلمين قضايا وأحداث حملت المجتهدين على شحذ الهمة للاجتهاد والاستنباط، واتسع بذلك ميدان تشريع الأحكام الفقهية حتى شملت كثيرا من الوقائع الفرضية، وقد بوشر إلى جانب هذا بتدوين الأحكام الفقهية بعد أن أخذت طابعها العلمي وذكرت معها أدلتها وعملها وأصولها، فسُمي رجالها الفقهاء والعلم بها الفقه.

^١ الأنبياء: ١٠٧

^٢ سبأ: ٢٨

تطور الفقه:

شأن تطور الفقه الإسلامي هو شأن الكائنات الحية أنه ولد فشب ونضج ثم أصيب بجمود وركود بعد سد باب الاجتهاد.

إن هذا التطور كان أمراً طبيعياً وضرورة لا معدى عنها وأنه أمر نبع من طبيعة الفقه نفسه ومن طبيعة الحياة كذلك.

بعد وفاة الرسول ﷺ تولّى أصحابه السلطة الاستنباطية، ويُعتبر عهدهم عهد التفسير التشريعي، وبداية لفتح أبواب الاستنباط، فالعلماء من الصحابة تولّوا القضاء والإفتاء وكانوا يتمتعون بثقة تامة لما امتازوا به من الصحة الطويلة للرسول وحفظ القرآن والسنة ومعرفة أسباب النزول، وبالإضافة إلى هذا كان قسم منهم مستشارا للرسول ﷺ ومن أشهرهم بالمدينة الخلفاء الراشدون وزيد بن ثابت.^(١)

طريقة الصحابة في الاستنباط:

إذا وجد أصحاب رسول الله ﷺ نصاً في الكتاب أو السنة يدل على حكم الواقعة وقرروا عند هذا النص وقصروا جهودهم التشريعية على فهم المراد منه ليصلوا إلى تطبيقه الصحيح. وإذا لم يجدوا نصاً استخدموا الرأي، وكانوا في اجتهادهم معتمدين على ملكتهم التشريعية التي حصلت لهم من مصاحبة الرسول ﷺ والوقوف على أسرار التشريع ومبادئه العامة فتارة يقيسون وأخرى يقضون بما تقضى به المصلحة.

الطابع العام لفقه الصحابة:

- ١- كانت مصادر فقههم: القرآن والسنة والإجماع والرأي.
- ٢- كان فقهاً واقعيين، حيث ساروا على نهج ما كان في عهد الرسول ﷺ من عدم محاولة التعرف على حكم واقعة لم تحدث بعد.
- ٣- كانت أفضيتهم وفتاواهم تستند إلى العلل التي تؤخذ من نصوص الكتاب والسنة.
- ٤- كان اجتهادهم فيما لا نص فيه، فسيحاً مجاله، ومتسعاً علاجه لحاجات الناس ومصالحهم.

الأسباب الإجمالية لاختلاف الصحابة:

أ- فيما يتعلق بالسنة:

١- اختلاف حال الرواة من حيث الأمانة والثقة والضبط.

٢- وصول الحديث إلى علم بعض دون بعض.

ب- وبالنسبة للقواعد الأصولية واللغوية: اختلافهم في فهم النصوص.

ج- وبالنسبة للاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه.

١- اختلافهم في الرأي: فلم يكونوا على مستوى واحد في استخدام الرأي، فمنهم من

لا يرى حرجاً في اللجوء اليه ومنهم من يتعرج من ذلك إلا عند الضرورة.

٢- اختلاف بيناتهم وحاجات وعادات الأقطار التي كانوا فيها.

أسباب قلة اختلافهم:

١- وجودهم في قطر واحد في أوائل عهد الراشدين، مما سهّل أمر اجتماعهم وإجماعهم

على رأي واحد في كثير من القضايا.

٢- استخدام نظام الشورى، إذ كان الخليفة إذا عُرِض عليه أمر يستشير كبار الصحابة.

٣- قلة المشاكل والوقائع في عهدهم بالنسبة لما حدث في العصور التي تلت عصرهم.

٤- قلة رواية الحديث التي أصبحت من أهم أسباب الخلاف بعدهم.

٥- عدم التسرع في إبداء الرأي، فكان حكمهم مبنياً على التروي ودراسة الموضوع.

٦- كانت السياسة تابعة للفقهاء ولم يكن هو تابعاً لها، كما وقع في العصور التي تلتهم،

لأن الأمة كانت شورية ودستورية.^(١)

الفقه في عهد التابعين:

تطور التشريع في عهد التابعين تطوراً ملموساً، ومرد هذا التطور أسباب عدة أهمها:

١- حصول الانقسام السياسي بين المسلمين، وكان أساسه النزاع حول موضوع من هو

أحق بالخلافة بعد قبول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام التحكيم بينه وبين

^١ راجع الفكر السامي ٣٩/٢.

معارية، حيث اختلف المسلمون إلى ثلاث فرق:

أ- الشيعة الذين غالوا في حب سيدنا علي وذريته ورأوا حصر الخلافة فيهم.
ب- الحوارج الذين توردوا على كل الأوضاع التي أدت إلى هذا النزاع وكفروا الفئتين المتنازعتين.

ج- جمهور المعتدلين من أهل السنة والجماعة وهم الذين ظلوا متمسكين بما كان عليه الأمر في عهد الصحابة.

٢- تفرق علماء المسلمين في الأقطار والأمصار الإسلامية ولم يعد لعنصر الشورى أهميته في هذا العهد.

٣- اتجاه الفقهاء إلى ناحيتين في المنزاع الفقهي: فمنهم من وقف عند النصوص وغلبت عليهم التسمية بـ (أهل الحديث)، ومنهم من استضاء بالنصوص ولجأ إلى القياس على قسم من الأحكام، وهؤلاء سُموا بـ (أهل الرأي).

٤- شيوع رواية الحديث بعد أن كانوا يتحرجون من روايته مخافة الكذب على رسول الله ﷺ.

٥- ظهور الرضّاعين للحديث من الدخلاء الذين انتهزوا فرصة إقبال الناس على الحديث.

٦- بروز الفقهاء من غير العرب ومساهماتهم في الحركة العلمية والفقهية بما كان لديهم من مواهب وقابليات.

كل هذه الأسباب كانت مثار الخلاف المحتدم حول الفروع الفقهية، وداعياً للجدل والنزاع بين الفقهاء أفراداً وجماعات، وسنتعرض لهذا البحث مفصلاً في الباب الثالث إن شاء الله.

المدارس الفقهية في عهد التابعين:

تعددت المدارس الفقهية في عهد التابعين واشهرها مدرسة المدينة التي كانت أهم معقل من معاقل الحديث، ومدرسة الكوفة التي كانت تعبر عن آراء أصحاب الرأي.

١- مدرسة المدينة:

احتفظت المدينة بزعامتها الدينية على الرغم من انتقال عاصمة الخلافة منها أيام علي بن أبي طالب، لبقاء عدد كبير من الصحابة فيها، منهم زيد بن ثابت، وعائشة أم

المؤمنين، وعبدالله بن عباس، وعبدالله بن عمر^١. ومن التابعين الذين أخذوا عن هؤلاء جماعة أطلق عليهم اسم (الفقهاء السبعة) وهم في أشهر الروايات: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبويكر بن عبدالرحمن، وعبيدالله بن عبدالله، وسليمان بن يسار، وخارجة بن زيد.

ب- مدرسة الكوفة:

لم تكن هذه المدرسة أقل شأنًا من مدرسة المدينة من الناحية العلمية، إذ انتقل إليها بعض كبار الصحابة كابن مسعود، وأبي موسى الأشعري، وسعد بن أبي وقاص، وعمار بن ياسر، وحذيفة بن اليمان العبسي، وأنس بن مالك وغيرهم. هذا بالإضافة إلى أن علي بن أبي طالب^{عليه السلام} جعلها مقر خلافته. وبرز في هذه المدرسة عدد من فقهاء التابعين منهم علقمة بن قيس النخعي، وشريح القاضي، وعامر بن شرحيل الشعبي، ومسروق بن الأجدع، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن جبيرة.

أصول استنباط التابعين:

كان التابعون كالصحابة يقفون عند النص إذا وجد، وإن لم يوجد، لجأوا إلى الرأي، إلا أنه طرأ تغير ملموس في عهدهم بسبب الاختلاف في الإجماع وحجيته، وحجية القياس، وبسبب الانقسام الطائفي (أو السياسي) الذي حدث في أواخر عهد الصحابة وأوائل عهد التابعين، فأنكر الشيعة حجية القياس، وإجماع غير أنفسهم، والحوارج- باستثناء الإباضية- أنكروا الإجماع لأن في القول به اعترافاً بغيرهم ممن فسقوهم أو كفروهم، ورفضوا أيضاً العمل بالقياس، لأن القياس رأي والدين لا يؤخذ بالرأي. وسيأتي ذلك مفصلاً في الباب الثالث.

الطابع العام لفقه التابعين:

يتميز فقه التابعين بميزات، أهمها:

- ١- تعدد الاتجاهات الفقهية نتيجة الانقسام السياسي^(١) لقد تأثر الفقه الإسلامي كثيراً بالانقسام الذي وقع بين المسلمين بعد انشقاق الشيعة والحوارج على جمهور المسلمين

^١ راجع الفكر السامي للحجوي ٨٤/٢ فما بعدها.

وأصبح لكل طائفة من الطوائف الثلاث نزعة خاصة، وترتب على ذلك الاختلاف في كثير من المسائل الفقهية.

٢- تأسيس المنهج العلمي للفقه: كان للسياسة التي اتبعها بنو أمية لأجل تدعيم نفوذهم وسلطانهم وسيروهم على نهج يشابه نهج ملوك البيزنطيين والفرس، أثر كبير في نفرة علماء الدين منهم، واعتزالهم الحياة السياسية، وقد أدى هذا إلى انصرافهم للاشتغال بالعلوم الدينية واختصاص كل منهم بجانب معين من العلوم الدينية كالتفسير، ورواية الحديث، وجعل بعضهم جُلَّ همهم ببيان الأحكام كعلماء المدينة، الذين اليهم يرجع الفضل في وضع أسس المنهج العلمي للفقه الإسلامي الذي سار عليه الفقهاء فيما بعد إذ حذا حذوهم في هذا المضمار علماء الكوفة، وإن اختلفوا عنهم في اتجاههم إلى الرأي وتوسعهم في القياس.

٣- اتساع دائرة تطور الفقه وزيادة نشاطه وحركته لعوامل أهمها:
أ- التفرق المذكور.

ب- شيوع رواية الحديث.

ج- ظهور المدارس الفقهية واتجاه الجمهور المعتدل إلى كلتا الناحيتين المذكورتين في المنزع الفقهي، ناحية الرأي وناحية التمسك بظاهر النصوص.^(١)

د- انشغال غير العرب من المسلمين بالفقه وبالعلوم المتعلقة به.

هـ- تدوين السنة الذي كان له أثر كبير في حفظ السنة من جهة، وتسهيل الاستنباط من جهة ثانية.

أسباب اختلاف التابعين:

أ- بالنسبة للمنزع الفقهي.

١- من الفقهاء من تمسك بالنصوص ولم يمنح إلى الرأي إلا قليلا، ومنهم من توسع في الرأي.

٢- الاختلاف في بعض المصادر التبعية: كالإجماع، والقياس، نتيجة الانقسام الطائفي.

ب- بالنسبة للسنة:

^١ المرجع السابق ٩٤/٢ فما بعدها.

شيوع رواية الحديث وظهور الوضاعين مما أدى إلى التحرج في العمل بالحديث إلا تحت شروط معينة حذراً من الكذب على الرسول ﷺ.

ج- بالنسبة للقواعد الأصولية واللغوية:

نظرة المساواة في الإسلام فتحت الأبواب أمام غير العرب من المسلمين، فبرز منهم علماء متضلعون باللغة وقواعدها وغير ذلك من العلوم العقلية، إلى جانب تفوقهم في الفقه والتفسير، مما أدى إلى ازدياد النشاط الفكري والتعمق في النصوص والمسائل والنقاش في المعاني اللغوية. فكان كل ذلك سبباً من أسباب الاختلاف في تفسير النصوص وبالتالي في الأحكام المستنبطة منها.

الفقه في عصره الذهبي:

تعتبر الفترة الممتدة من القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع: من أزهى عصور الفقه الإسلامي، حيث بلغ ذروته في الدقة وقمته في اتساع وأصبح له مناهج واضحة وطرائق مرسومة محدودة.

ويتميز هذا العصر بالمظاهر التالية:

١- نهوض الفقه نهضة رائعة فوصل درجة النضج والكمال ولم يترك أمراً ذا صلة بالإنسان، سواء على النطاق الفردي أم النطاق الجماعي، إلا وقد تعرض لبيان حكمه.

٢- ظهور نوايخ من الفقهاء الذين اعترف لهم الجمهور بالزعامة والصدارة ونشأت مذاهب فقهية جماعية أرسى أصحابها قواعد وضوابطها، ثم واصل تلامذتهم العمل على إخضاع الفروع لها. وتكون في هذا العصر بالإضافة إلى المذاهب الأربعة لأهل السنة ومذهبي الشيعة الإمامية والزيدية ومذهب الخوارج ومذهب الظاهرية. مذاهب أخرى كمذهب الحسن البصري بالبصرة، ومذهب الأوزاعي بالشام، ومذهب الليث ومذهب سفيان الثوري بالكوفة، ومذهب سفيان بن عيينة، ومذهب ابن جرير الطبري، ومذهب أبي ثور ببغداد، وغير ذلك من المذاهب الأخرى، وقد أوصل بعضهم عدد هذه المذاهب إلى خمسمائة مذهب، غير أنه لم يكتب الحياة لهذه المذاهب، فانقرضت كلها عدا المذاهب المعروفة التي دونها أنصارها فكتب لها البقاء.

ولم يكن التقليد سمة هذا العصر، بل كل تلميذ يتلقى عن أساتذته أصول الصناعة

الفقهية، وإذا استكملت له ملكة الاجتهاد استقل وكون حلقة يُدرّس فيها الأحكام الفقهية التي استنبطها هو بنفسه.

٣- ازدهار تدوين الفقه في هذا العصر لمختلف المذاهب. وقد قام بعض الأئمة بأنفسهم بالتدوين كالإمام مالك، إذ دَوَّن مذهبه في الموطأ، والإمام الشافعي أملى على تلاميذه العراقيين مذهبه القديم في كتابه (الحجة) وعلى تلاميذه المصريين مذهبه الجديد في كتابه (الأم).

٤- اتساع نطاق الفقه الافتراضي في هذا العصر بعد أن تولى أبو حنيفة (رحمه الله) زعامة مدرسة الرأي. وقد عيب عليه وعلى أصحابه بأن بحوثهم شملت أموراً افتراضية. والواقع أن هدف هؤلاء الأعلام بهذه الافتراضات هو تكوين الملكة الفقهية في نفوس وعقول تلاميذهم، فتلك الفروض بمثابة التمارين المدرسية في العصر الحديث، فقصدها بالتدريب على استخدام القواعد العامة لإخضاع الجزئيات إليها.

٥- ظهور المصطلحات الفقهية كالفرض لما ثبت وجوبه بدليل قطعي^(١) والواجب لما ثبت بدليل ظني، والسنة والمندوب، والمستحب، والمكروه كراهة تحریم أو كراهة تنزيه والركن والعلة والسبب والشرط والمانع، والصحيح، والفاسد والباطل.. إلى غير ذلك من المصطلحات التي لم تستعمل قبل هذا العصر بهذه الدقة وهذا التحديد.^(٢)

٦- اتساع نطاق الخلاف بين الفقهاء في مسائل الفروع، حيث كان يتنازع المسألة الواحدة في بعض الأحيان ثمانية آراء أو أكثر، ومرد ذلك هو إلى كثرة المجتهدين وزيادة المسائل المفروضة، واشتباك القواعد الأصولية.

على أن هذا الخلاف على الرغم من كثرته لم يكن سبباً في إثارة البغضاء بين الفقهاء ولا موجبا لتنقيص شأن فريق من الفريق الآخر، بل كان المجتهد يحرص كل الحرص على احترام رأي مخالفه، وغاية الأمر أنه كان يعتقد أن رايه صواب يحتمل الخطأ ورأي غيره خطأ يحتمل الصواب.

^١ أي عند الحنفية وإلا فالفرض والوجوب مترادفان عند بقية المذاهب.

^٢ يقول الحنفي: وبالجمل أن الأحكام الخمسة لم ينص في الكتاب والسنة عليها، كما هو في كتب الفقه بالفاظ حرم ووجب وأبيح وندب وكره في كل مسألة، وإنما الكتاب والسنة وردت فيهما الصيغ الدالة على السخط أو الرضى أو عندهما منظوقاً أو مفهوماً أو ورد فعله أو تقريره.. الفكر السامي ٤٣/١.

عوامل النهضة الفقهية في هذا العصر:

يرجع الفضل في النشاط العلمي بصورة عامة والنشاط الفقهي بصورة خاصة في هذا العهد إلى عوامل أهمها:

- ١- عناية الخلفاء العباسيين -بعكس الأمويين- بالفقه والفقهاء ومن مظاهر هذه العناية اخضاع الشؤون الإدارية لأحكام الفقه الإسلامي إلى حد بعيد.
- ٢- ظهور كبار المجتهدين وحريرتهم في ممارسة الاجتهاد.
- ٣- كثرة الوقائع بعد أن اتسع إقليم الدولة الإسلامية وأصبحت مترامية الأطراف تضم شعوباً وقبائل مختلفة في عاداتها وحضارتها.
- ٤- دخول عدد كبير في الإسلام من غير العرب في البلاد ذات الحضارات القديمة كالفرس والروم.. وكان لهؤلاء علم بالفلسفة والديانات والمنطق وأصبحت لديهم نباهة وقدرة على استنباط الأحكام بعد أن درسوا علوم القرآن والسنة والفقه واللغة وتفوقوا فيها.
- ٥- تأثر فقهاء المسلمين بثقافات الأمم المختلفة التي دخلت الإسلام، وكان لهذا التأثير أثر كبير في النضج الفكري وتوسع المدارك.
- ٦- ازدياد نشاط حركة التدوين والترجمة لمختلف العلوم في مختلف اللغات. وظهور الترتيب والتبويب والاستدلالات المنطقية.
- ٧- ازدياد المناقشات والمناظرات وتبادل وجهات النظر، فأل كل ذلك إلى توسيع دائرة الحركة الاجتهادية وتكوين آراء فقهية لها قيمتها.

التقليد:

- ظهر في أواخر هذا العصر التقليد، وهو يعزى إلى عوامل أهمها:
- ١- الدعاية المذهبية: قام تلاميذ الأئمة بتدوين آراء أئمتهم، وتعليقها، والدفاع عنها، فانتشر اتجاه كل مذهب في صقع من أصقاع، فتعصب له العامة والخاصة حتى أعطى لآراء الفقهاء قدسية النصوص.
 - ٢- مساعدة الحكام في نشر المذاهب إذ عندما يتمذهب حاكم بلد بمذهب وينتصر له يتبعه في ذلك الرعية.

- ٣- إسناد القضاء إلى غير الأكفاء، فهؤلاء كانوا يتبعون مذهباً من المذاهب ويقضون بين الناس بموجبه.
- ٤- تدوين المذاهب واتجاه العلماء إلى ما فيها من الآراء والانصراف عن الاجتهاد.
- ٥- تجادل العلماء بسبب التزاحم في الفتوى والمناقشة والمعارضة فكانوا يتخلصون من ذلك بنقل رأي صريح للإمام في المسألة.

توقف الفقه عن السيرة

أصيب الفقه بانتكاسة وجمود بعد تلك النهضة الرائعة وكان لذلك أسباب نُجْمَل فيما يلي أهمّها:

- ١- الضعف السياسي في الدولة العباسية أدى إلى ضعف روح الإستقلال في التشريع عند العلماء..
- ٢- التزام كل عالم مذهب إمامه وعدم حيده عنه، حتى أصبح العلماء عالة على فقه أئمتهم، وأتبعوه جملة وتفصيلاً، بحيث صارت نصوص الأئمة عندهم كنصوص الشارع.
- ٣- انحصار الجهد في اختصار الكتب وشرحها والتعليق عليها بالخواشي أو بالاعتراضات.
- ٤- التعصب المذهبي وعدم الجرأة على استنباط الأحكام من ينابيعها الأصلية وفي هذا المجال يقول الكرخي-وهو من كبار علماء الحنفية-: "كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ."^(١) بينما كان أبو حنيفة يقول عن السلف: "هم رجال ونحن رجال، ولي أن أجتهد كما اجتهدوا".

^١ تأسيس النظر للذبوسي ص ١١٦.

أئمة المذاهب ومنحاهم الفقهي

لعل من المفيد ونحن بصدد بيان اختلاف آراء العلماء أن نترجم لكبار الأئمة وبين منحاهم العلمي واتجاههم الفقهي ونتطرق إلى ذكر بعض تلامذتهم الذين دونوا مذاهبهم واقتفوا آثارهم.

١- أبو حنيفة (٨٠-١٥٠ هـ)؛

هو نعمان بن ثابت بن زوطي بن ماء، فارسي الأصل على المشهور وكان جده من أهل كابل ويعتبر من أتباع التابعين^(١).

ولد بالكوفة واحترف تجارة الخبز، ثم انصرف إلى العلم، فعاش بقية حياته متعلماً وفقياً عظيماً ومؤسساً للمذهب الحنفي وتوفى ببغداد ودفن بضاحية منها وهي الأعظمية في وقتنا الحاضر.

كان أبو حنيفة ذا شخصية قوية ولامعة وقد أثرت عوامل ذاتية وخارجية في تكوينه الشخصي وأهم هذه العوامل هي:

أ- صفاته الذاتية التي جبل عليها.

ب- شيوخه الذين التقى بهم وتلقى منهم، فرسموا له الطريق التي سلكها في منحاه الفقهي.

ج- حياته الشخصية وتجاريه في أدوار حياته وصلته الوثيقة بالمجتمع الذي عاش فيه.

د- بيئته الفكرية التي ترعرعت مواهبه في رحابها.

ومن صفاته أنه كان هادئ النفس قوي المشاعر، لا تشبه الكلمات العارضة ولا تهيد عن الحق أعراض الدنيا الزائلة، وكان عميق الفكر بعيد الغور في تحليل المسائل، لا يكتفي بالبحث في ظواهر النصوص، بل يسير وراء مراميها، وهذه الصفاة وغيرها رفعت منزلته

^١ عاش (٥٢) سنة في عهد الأمويين، و(١٨) سنة في عهد العباسيين، راجع الفكر السامي ١١٩/٢، تاريخ بغداد ٣٣١/١٣ وفيات الأعيان لأبن خلكان ١٤٥/٢.

ونوّرت قلبه وأضاءت بصيرته.

أهم العوامل المؤثرة في تفكيكه الفقهي:

- أ- تأثر أبو حنيفة بالبينة التي عاش فيها، وتأثير البينة لا يقتصر على من يزاول السياسة والأدب والفلسفة فحسب، بل له دور فعال أيضاً في حياته الفقهية، الذي يكون متصلاً بها، مهتماً بتقديم الحلول لمشاكلها ووقائعها عن طريق التشريع.
- عاش أبو حنيفة في العهدين الأموي والعباسي، وكانت الدولة الإسلامية تحكم الشرق من ضفاف المحيط الأطلنطي غرباً إلى الصين شرقاً والهند جنوباً، وكانت هذه الرقعة المترامية الأطراف تضم خليطاً من الشعوب المختلفة الأصول والعادات والتقاليد، ولا بد أن يؤثر كل ذلك في الاتجاه الفقهي لأبي حنيفة.
- ب- شهد أبو حنيفة حلقات المتكلمين بالكوفة، وكان أكثر نقاش هذه الحلقات يدور حول القضاء والقدر والإيمان، ويستعرض أعمال الصحابة وهو قد شارك بالفعل في بعض هذه المناقشات عطفناً حيناً ومصوياً حيناً آخر، واكتسب بذلك قوة في المناظرة، وقدرة في المحاوره، ومرانا على اقتفاء الأسلوب العقلي، فكل هذه أثر في تفكيكه الفقهي.
- ج- أخذ أبو حنيفة الفقه من أستاذه حماد بن أبي سليمان^(١) الذي لازمه زهاء ١٨ سنة في مدرسة الكوفة، وكان لهذه المدرسة رجالها ولونها الخاص، وكان فيها من الصحابة ابن مسعود أستاذ العراق الأول الذي كان يحمل علم الخليفة الثاني عمر بن الخطاب في دقة نظره وحرية رأيه، وكان من أنجب تلاميذه علقمة فحفظ عنه علمه. وكان لمسروق فتاوى انتشرت بين الفقهاء بعد وفاته، ومارس شريح القضاء ٦٢ سنة، ولايس الحياة العلمية، ودعم مذهب أهل الرأي. وكان الشعبي بجانب هؤلاء يغذي هذه المدرسة بالحديث والآثار، فتطعمت المدرسة بالحديث والرأي، ثم جاء حماد بن سليمان فجمع هذه الثقافات وأفرغها في صدر أبي حنيفة، فصاغها مذهباً برز في العالم الإسلامي بطابع مستقل واتجاه متميز.

أصول استنباطه:

المصادر التي استنبط منها الفقه هي:

- أ- القرآن الكريم: ويعتبر أبو حنيفة من الأوائل من بين وجوه دلالات القرآن، ومن أبرز ما اختلف فيه مع الجمهور قطعية دلالة العام، وعدم الأخذ بمفهوم المخالفة.
- ب- السنة: لم يعدل عن السنة بعد القرآن إلى مصدر آخر. غير أن له منهجاً خاصاً في العمل بحديث الآحاد كما سيأتي في علمه.
- ج- الإجماع: يحتج أبو حنيفة بالإجماع مطلقاً إذا ثبت نقله، فيعتبر الصريح منه حجة قطعية، والسكوتي حجة ظنية.
- د- قول الصحابة: أنه يعمل بقول الصحابي فيما ليس فيه مجال للرأي كالعبادات، والحدود، والمقدرات، فهو في نظره بمثابة السنة المسندة إلى الرسول (ﷺ) لذا يقدمه على القياس^(١).
- هـ- القياس: لقد توسع الأخذ بالقياس أكثر من جميع من سبقه لما اتصف به من دقة النظر وسرعة الحاطر في ادراك ما يكون بين الأمور من التشابه والاختلاف^(٢).
- و- الاستحسان: وهو وإن لم ينفرد به على التحقيق، إلا أنه يعتبر أكثر الأئمة أخذاً به^(٣).
- ز- العرف: أنه قد راعى العرف الصحيح في ابتناء الأحكام عليه وقدمه على القياس عند التعارض وبنى عليه كثيراً من فروع الفقهية.
- ح- ط- المصلحة، والاستصحاب.

طابع الفقه:

لفقه أبي حنيفة طابع مستقل، وله ميزات، نذكر منها:

- أ- التيسير في العبادات والمعاملات ويعتبر ذلك من الدعائم التي قام عليها التشريع الإسلامي ﴿... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾^(٤)، ﴿... مَا يُرِيدُ اللَّهُ

^١ راجع الفكر السامي ١٣٢/٢ فما بعدها .

^٢ المرجع السابق ١٣٥/٢ .

^٣ المرجع السابق ١٣٧/٢ .

^٤ البقرة: ١٨٥

- لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...^(١) وراعى بقية الفقهاء ذلك ولكن لم يصلوا درجته.^(٢)
- ب- رعاية جانب الفقير والضعيف كما يوصي به القرآن الكريم ويظهر ذلك في آرائه وفتاواه وأقضيته.^(٣)
- ج- تصحيح تصرفات الإنسان كلما أمكن ذلك.^(٤)
- د- احترام حرية الإنسان وإنسانيته.^(٥)
- هـ- رعاية سيادة الدولة ممثلة في الإمام.^(٦)

١ المائدة: ٦

ومن المسائل التي راعى فيها التيسير:

- أ- إذا أصاب البدن أو الثوب نجاسة جاز إزالته بكل مانع طاهر.
- ب- جواز رخصة السفر للمطيع والعاصي.
- ج- إذا كان عليه ألف دينار وله على الناس دين ألف دينار وفي يده ألف دينار ليس عليه زكاة. راجع الاختلاف مع ابن أبي ليلى، لأبي يوسف، ص ١٢٢.
- د- يميز في الزكاة العدول الى القيمة، فبدلاً من شاة مثلاً له دفع قيمتها.
- هـ- أجاز بيع العقار قبل قبضه.
- و- يرى صحة تصرف الفضولي. راجع البدائع ١٤٨/٥ فما بعدها.
- ٢ منها: قال بوجوب الزكاة في الحلبي من الذهب والفضة، وهو رأي كثير من الصحابة أيضاً، وقال: مهما تكررت فعقوبة القطع تنفذ في حق السارق مرتين فقط.
- ٣ ومن المسائل التي قال بها تحت هذا الطابع:
- أ- جواز تجارة الوصي بمال الأيتام الذي تحت وصيائه لأن الوصي قائم مقام الموصى في الولاية.
- ب- إذا اشترى متاعاً ثم افلس وأصبح عاجزاً عن دفع الثمن لا ينفسخ البيع. بل يصير البائع أسوة الغرماء الآخرين.
- ٥ ومع ذلك: أ- يرى أن للبالغة العاقلة إرادتها وحريتها في الزواج بمن ترى الخير في أن تتزوج به.
- ب- قال بصحة الزواج بحضور رجل وامرأتين.
- ج- يرى عدم جواز الحجر إلا لجنون أو صغر ولا يجوز لسفه لأن رعاية كرامة الإنسان أهم من رعاية المال.
- د- يرى أن للفارس من الغنائم سهمين، سهم له وسهم لفرسه، بينما يرى مالك والشافعي وغيرهما أن للفارس سهمين.
- ٦ ومن ذلك: من أحيا أرضاً لا يملكها إلا بإذن الإمام. وإذا كان صاحب أرض الحراج عاجزاً عن استغلالها للإمام ما يلي: أ- تسليمها الى غيره ليزرعها ويأخذ الحراج من نصيب المالك.
- ب- أو يؤجرها للغير ويأخذ الحراج من الأجرة.
- ج- أو يزرعها لحساب خزينة الدولة.
- د- إن لم يتمكن من شيء من ذلك باعها وأخذ الحراج من ثمنها.

و- يتسم فقهه بطابع الافتراض حيث جعل مذهبه يحل مسائل فرضية وبذلك كون ثروة فقهية أفادت من جاء بعده.^(١)

أشهر أصحابه:

ومن أشهر أصحابه الذين ساهموا في تطوير فقهه ونشر مذهبه: أبو يوسف^(٢) وعبد بن الحسن الشيباني^(٣) وزفر بن الهذيل^(٤) والحسن بن زياد.^(٥)

٢- الإمام مالك (٩٢-١٧٩ هـ):

هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي^(١) المدني، جده الأعلى أبو عامر صحابي جليل.

طلب العلم من أئمة مدرسة الحديث، ومن شيوخه عبدالرحمن بن هرمز، وعبدالرحمن المعروف بريعة الرأي،^(٢) وانتصب للتدريس والفتيا في المدينة وهو ابن ١٧ سنة، بعد أن شهد له شيوخه بالحديث والفقه، ومكث في المدينة يفتي الناس ويعلمهم زهاء سبعين عاماً، وكان يجلس في مسجد رسول الله (ﷺ) ويشير إلى قبره الشريف عند قراءة الحديث.

^١ يعتبر أبو حنيفة أول من تجرد لفرض المسائل وتقدير وقوعها وفرض أحكامها أما بالقياس على ما وقع وأما باندراجها في العموم مثلاً، فزاد الفقه نواً وعظمة وصار أعظم من ذي قبل بكثير... الفكر السامي ١٢٧/٢.

^٢ أبو يوسف (١١٣-١٨٢ أو ١٨٣ هـ): هو يعقوب بن إبراهيم بن أبي ليلى الأنصاري نسباً والكوفي منشأ.

^٣ هو محمد الشيباني (١٢٢-١٩٨ هـ) ولد بواسط ونشأ بالكوفة.

^٤ زفر بن الهذيل بن قيس (١١٠-١٥٨ هـ) عربي الأب فارسي الأم.

^٥ الحسن بن زياد اللؤلؤي (١٣٣-٢٠٤ هـ) تتلمذ على أبي حنيفة ثم على أبي يوسف وعبد من بعده.

^٦ نسبة إلى الأصبح قبيلة من اليمن.

^٧ ت- ١٣٦ هـ.

مكانته العلمية:

أجمع شيوخه وأقرانه ومن بعدهم على إمامته وثقته وصدق روايته ووقوفه مع السنة وعلى كونه من أكبر أئمة الحديث، يقول حماد بن سلمة: "لو قيل لي اختر لأمة محمد إماماً يأخذون عنه العلم، لرأيت مالكا لذلك موضعاً وأهلاً"^(١).

أثر بيئة المدينة في الفقه:

كان أهل المدينة المنورة أعلم الناس بمشاهدة التشريع العملي وهو ما كان يفعله الرسول (ﷺ) وعلماء الصحابة، فكان من الطبيعي أن يعيش مالك في المدينة تُحف به آثار الصحابة والتابعين ويتلقى عن التابعين فتاوى الصحابة، ويُلازم أهل الرأي منهم فيتبع أخبار عمر (رضي الله عنه) وابن مسعود وغيرهما من فقهاء الصحابة ويتعرف على أقضيئهم وأحكامهم، ليكون تبعاً لا مبتدعاً، وكان يرى عمل أهل المدينة حجة يستشد بها في فتاويه، لذا تُعتبر مدرسة مالك من مدارس أهل الحديث.^(٢)

أصول استنباطه:**أ- القرآن الكريم .**

ب- السنة: كانت ركيزته الثانية، وكان خبر الواحد منها حجة لا يجوز التفريط فيه ما لم يُخالف عمل أهل المدينة، خلافاً لأبي حنيفة، وكانت عمدته في الحديث ما رواه أهل المجاز.

ج- الإجماع: وهو إلى جانب الإجماع بالمعنى المعروف لدى الجمهور، قال بحجية إجماع أهل المدينة.^(٣)

د- القياس: كان يُقيس على أحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة، ففي الموطأ كثير من ذلك.

^١ الفكر السامي ١٥٦/٢ .

^٢ وفيات الأعيان لابن خلكان ٥٥٥/١ فما بعدها .

^٣ يقول القرافي: "الأدلة هي الكتاب والسنة والإجماع وإجماع أهل المدينة والقياس وقول الصحابي... إلى آخره" .. راجع شرح تنقيح الفصول ص ٤٥٥ .

هـ- الاستحسان: نقل الشاطبي عن أصبغ قال: سمعت ابن القاسم يقول ويسوي عن مالك أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان"، لكنه مع ذلك لم يتوسع فيه توسع الحنفية.^(١)

و- الاستصحاب: قال القرافي إن الاستصحاب حجة عند مالك والإمام المزني وأبي بكر الصوفي.^(٢)

ز- المصالح: من أصول مالك القول بها، ومذهب مالك معروف بالعمل بالمصلحة.^(٣)

ح- سدّ النوازع: وقد توسع فيه الإمام مالك أكثر من غيره وينسب عليه كثيراً من الأحكام.^(٤)

ط- العرف: كان يلجأ إليه الإمام مالك، لكن لم يتوسع في بناء الأحكام عليه. ي- قول الصحابي: فقه مالك كان يعتمد على فتاوى الصحابة وأقضيتهم، وتلقى فقه الفقهاء السبعة بالمدينة، وكان يرى السنة فيما عليه الصحابة، وبذلك كان لفتوى الصحابة مكانة بارزة من بين أصول استنباطه.^(٥)

طابع فقهه:

يتميز فقه مالك بميزات أهمها ما يلي:

أ- مرونة أصوله: إنه لم يجعل العام والمطلق من نصوص الكتاب والسنة قطعياً، بل فتح الباب على مصراعيه لتخصيص عمومه وتقييد مطلقه، وإلى جانب ذلك كان يربط الأصول بعضها ببعض، ليخرج من بينها فقها ناضجاً منسجماً مع أحكام العقول ومتمشياً مع ما يتلقاه الناس بالقبول.

ب- كان يتوخى المصلحة من أي طرق أتت سواء كانت قياساً، أم استحساناً، أم

^١ راجع الموافقات ١١٨/٤ . واستحسن مالك في مسائل لم يسبقه غيره إليها، منها: ثبوت الشفعة في بيع الثمار، وفي أنقاض أرض الحبس وأرض العارية. الحكم بشاهد ويمين في القصاص والجروح ودية أفلة الإبهام تُقدر بمس من الإبل.

^٢ شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٧ .

^٣ المرجع السابق ص ٤٤٤ .

^٤ المرجع السابق .

^٥ الفكر السامي/ ١٦٦ فما بعدها .

مصلحة، أم سداً للذرائع... الخ. وبذلك فتح أبواباً كثيرة لرفع الحرج ودفع المشقة وتحقيق المصلحة وسد الحاجة، وجعل العقول تحقق رغبات الناس الرئيسية وتسير على مقتضى معروفهم.

فمالك (رحمه الله) قد رأى أنه قصد الشارع الأساس هو تحقيق المصالح، فجعل فقهه يسير حول قطبها ويدور حول محورها حينما بسد الذرائع وحينما بفتحها، ليحققها كلما أمكن ذلك من أيسر سبيل.

ج- إنه يعتمد على أفضية الصحابة وفتاواهم في تعرف غاية الشريعة، ثم يسترسل بعد ذلك في تعرف الأحكام والغايات استرسال العريق في فهم الشريعة بنصوصها ومراميها وغاياتها القريبة والبعيدة، وبذلك غا فقه مالك نمواً عظيماً.

د- يتميز فقه مالك بأنه توافرت فيه عناصر نموه واتساع أفقه من قوة عقول الفقهاء وسعة أفقهم ومرونة أصولهم، وتنوع طرق المعالجة للمسائل الاجتماعية والمشاكل التي تحمل بالناس بين فترة وأخرى.

أشهر أصحابه:

كان الإمام مالك (رحمه الله) أوفر حظاً من كثرة الأصحاب والتلاميذ، فقد رحل إليه الطلاب من مختلف الأقطار الإسلامية لياخذوا عنه الحديث والفقه، فانتشر بذلك مذهبه. ولعل فضل هذا الانتشار يعود إلى فريقين من تلاميذه: فريق المصريين، وفريق بلاد أفريقيا الشمالية والأندلس. فمن فريق الأول عبدالرحمن بن القاسم،^(١) وعبدالله بن وهب،^(٢) وأشهب بن عبدالعزيز^(٣) وعبدالرحمن بن الحكم،^(٤) وأصبغ بن الفرج الأموي^(٥).. ومن الفريق الثاني: أسد بن الفرات^(٦) وسحنون التنوخي،^(١) وعبدالمك بن حبيب.^(٢)

^١ (١٢٨ - ١٩١ هـ) ولد بالشام وتفقّه على مالك ودامت صحبته عشرين سنة، وصاحب المدونة.

^٢ (١٢٥ - ١٩٧ هـ أو ١٩٩ هـ) طالت صحبته لمالك ولازمه إلى أن توفي مالك وروى الموطأ عنه.

^٣ (١٤٠ - ٣٠٤ هـ) صاحب مالك وتفقّه عليه وعلى الليث.

^٤ (١٥٠ - ٢١٠ أو ٢١٣ هـ) روى عن مالك كتاب الموطأ سمعاً.

^٥ (ت - ٢٢٥ هـ) يرى البعض أنه كان أعلم الناس بمذهب مالك ومسائله.

^٦ النيسابوري الأصل، التونسي الدار، تتلمذ لمالك، وتفقّه بأصحاب أبي حنيفة في العراق، ثم رجع إلى القيروان فتوفى فيها عام ٢١٣ هـ.

٣- الإمام الشافعي (١٥٠-٢٠٤ هـ):

هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي، من بني المطلب بن عبد مناف، وهو الأب الرابع: لرسول الله (ﷺ) والتاسع للإمام الشافعي، وأمه يمانية من الأزد.

نشأته:

ولد بغزة وهي ليست موطن آبائه، بل ذهب إليها أبوه، فتوفى هناك، وبعد سنتين من ميلاده حملته أمه إلى موطن آبائه مكة، واستظهر القرآن من صباه وخرج إلى هذيل بالبادية فتضلّع في اللغة والأدب، وعاد إلى مكة فدرس الفقه والحديث على مسلم بن خالد الزنجي وسفيان بن عيينة، وفي عشرين من عمره رحل إلى المدينة وأخذ من مالك فقهه، ولزمه إلى أن توفى مالك.

ثم خرج إلى اليمن وتولّى هناك وظيفة، فأنهم بالتشيع فدعاه هارون الرشيد، فتهيأت له فرصة اللقاء بمحمد بن الحسن الشيباني، وأخذ منه فقه العراق وأضافه إلى فقه الحجاز.^(٣)

مكانته العلمية:

اجتمع في الشافعي (رحمه الله) ألوان من الثقافة والعلم ما لم يجتمع في غيره من معاصريه، لسببين: أحدهما عقليته الكاملة التي أعانته على الاستفادة من كل ما يحيط به، وثانيهما كثرة أسفاره واتصاله بالعلماء وأخذ ما عندهم من العلوم، كما ساعده هذه الأسفار على اطلاعه على حياة المجتمعات وما فيها من التقاليد والأعراف، فأكسبه كل ذلك ثقافة واسعة في اللغة والأدب والحديث والفقه على طريقتي أهل الحديث وأهل الرأي.

^١ (١٦٠- ٢٤٠ هـ) تفقه بقرىوان ثم ارتحل إلى مصر والقتى بإبىن القاسم وأخذ عنه وعارضه بمسائل الأسدية.

^٢ (ت - ٢٣٨ هـ) نشر مذهب مالك في الأندلس .

^٣ الفكر السامي ١٧٢/٢ فما بعدها. تأريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ٢١٣. والسايس ص ١٠٣

عمله الفقهي:

كان في بادئ الأمر يعتبر نفسه تلميذاً للإمام مالك وأحد رجال مدرسته، إلى أن قدم العراق للمرة الثانية، فأسس مدرسة فقهية مستقلة، ومن أبرز أعماله الفقهية:

أ- إنه درس آراء المتقدمين، وبحث بدقة متناهية مسلك مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي، فخرج من كل ذلك بطريقة فقهية برزت فيها ميزات المدرستين، وبذلك كَوّن مركزاً وسطاً بين أهل الرأي وأهل الحديث.

ب- رسم طريقة فقهية محددة المعالم تقوم على أصول وقواعد متميزة، كما يظهر ذلك بوضوح في كتابه الموسوم بـ (الرسالة)، فقبل الشافعي لم تُحدد الأصول والقواعد الكلية التي يعتمد عليها الفقيه في استنباطه.^(١)

أصول استنباطه:

أ- القرآن الكريم: إنه كبتية الفقهاء يضع القرآن في صدر المصادر ويعتبره المنبع الأول لاستقاء الفقه ويحتج بظواهره حتى يقوم دليل على أن المراد بها غير الظاهر.

ب- السنة: دافع الشافعي دفاعاً شديداً عن العمل بخبر الواحد مادام رآه ثقة ضابطاً ومادام الحديث متصلاً برسول الله (ﷺ) وعاب على الحنفية في تقديم القياس عليه. ولم يشترط شروط الحنفية والمالكية للأخذ به، ويرى أن السنة إذا صحّت يجب اتباعها، مثلما يجب اتباع القرآن، غير أنه اشترط شروطاً للعمل بالمرسل، كأن يكون من مراسيل سعيد بن المسيّب.^(٢)

ج- الإجماع: وهو في نظره عدم العلم بالخلاف، على أساس أن العلم بالإتفاق غير ممكن، ردّ ما ذهب إليه شيخه (مالك) من اعتبار إجماع أهل المدينة حجة، وقال إن أول إجماع هو إجماع الصحابة.^(٣)

د- قول الصحابي: عمل الشافعي في قوله القديم بأقوال الصحابة، أما في الجديد بالمعروف عنه، كما يقول كثير من أصحابه، عدم الاحتجاج به، لأنه نقل أقوالاً لهم

^١ مناقب الشافعي للفخر الرازي ص ١٠٠.

^٢ انظر الأم ٢٤٦/٧. الرسالة للشافعي ص ٤٦٥.

^٣ الرسالة ص ٤٧٢، ص ٤٧٤.

ثم خالفها. لكن يفهم من كلامه في (الأم) أن قول الصحابي عنده حجة ما لم يعلم له مخالف.^(١)

هـ- القياس: يُعتبر الشافعي أول من تكلم في القياس وضبط قواعده وبيّن أسسه، لكن وقف إزاءه موقفاً وسطاً بين تشدد مالك وتوسع أبي حنيفة، واشتد للأخذ به أن تكون علته منضبطة، والآ يكون في المسألة حديث ولو كان خبر آحاد.^(٢)

و- الاستصحاب: ومن يستقصي فروع مذهب الشافعي يرى أنه عمل بالاستصحاب واعتبره من مصادر الأحكام الفقهية.

ز- العرف: لقد تأثر فقه الشافعي بالأعراف السائدة في مصر ورجع عما بناه على أعراف وعادات العراقيين، وهذا يدل على أن الشافعي يرى العرف من مصادر الأحكام.

و- الاستحسان: المعروف عن الشافعي أنه لم يأخذ بالاستحسان، وأنه رده ورداً على من قال به، حتى قال من استحسّن فقد شرّع. غير أن الشافعي بنى بعض المسائل الفقهية على الاستحسان، منها قوله: "استحسن أن يؤجل الشفيع ثلاثاً". وفي السارق قال: "إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت، القياس أن تُقطع يمناه، والاستحسان ألا تُقطع".^(٣)

فعليه أن الاستحسان الذي حمل عليه الشافعي وأنكره، هو ما يستحسنه الناس ويشتهرونه بلا دليل، وهذا ما لا يقول به أي مجتهد.

طابع فقهه:

يتميز فقه الشافعي في طابعه بأمور منها:

أ- نزعة الفقهية كانت وسطاً بين نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي، لأنه زاج بين اتجاه الإمام أبي حنيفة والإمام مالك، فوافق أبا حنيفة في مبادئه ولكن توقف عند حدّ، كما وافق مالكا في إعطائه الحديث الأهمية البالغة، حتى عُرفت الشافعية في العراق

^١ انظر المرجعين السابقين .

^٢ انظر المرجعين السابقين .

^٣ انظر الرسالة للشافعي ص ٥٠٣ فما بعدها. الأحكام للامدي ٢٠٠/٣. ارشاد الفحول ص ٢٢٤.

وخراسان بأهل الحديث، وكان أهل بغداد يطلقون عليه ناصر السنة.^(١)

ب- لما رأى الشافعي الاختلاف بين مسلك الحجازيين والعراقيين، عمل إلى تحديد موقفه تحديداً دقيقاً، وانتهج لنفسه مسلكاً خاصاً، فاتخذ خطاً واضحة في الاحتجاج بالحديث وبعض المصادر التبعية، وأخذ يدافع عن هذه الخطّة ويهاجم من يخالفها عراقياً كان أم حجازياً.

ج- سلك الشافعي في فهم النصوص من الكتاب والسنة، المسلك الظاهر لا يعده، لأنه يرى أن الأخذ بغير الظاهر أخذ بالظن والوهم، فيكون مجال الخطأ كثيراً والصواب قليلاً، فالأحكام إذن يجب أن تُناط بالأمور المطردة دون غير المطردة.

د- أصول الشافعي تتجه اتجاهاً نظرياً وعملياً معاً، فهو لا يُعير الأهمية للأمور الفرضية، وإنما تبحث في أحكام الأمور الواقعية الموجودة، ولهذا قلّمَا نجد لديه الفقه الافتراضي.^(٢)

هـ- كثرة الاختلاف في أقوال الشافعي بين آرائه في القديم وبين آرائه في الجديد، وقد يكون له في المسألة الواحدة ثلاثة أقوال، وقد أوجد هذا الاختلاف حيوية في مذهبه، ووضع المجتهدين بعده أمام آراء مختلفة يختارون منها ما يرونه القيمين بالأخذ والتطبيق وفق الظروف والأحوال.

آراؤه القديمة والجديدة:

للشافعي في كثير من المسائل قولان، قول قال به في العراق وهو القديم، وقول قال به في مصر وهو قوله الجديد.

إنه (رحمه الله) لما رجع إلى العراق سنة ١٩٥ هـ، اتصل به كثير من علماء العراق وأخذوا عنه وهجروا ما كانوا عليه من طريقة أهل الرأي، وهنا صَنَّف كتابه القديم (الحجة) الحساوي على مذهبه القديم يرويه عنه بعض كبار أصحابه العراقيين، هم: أحمد بن حنبل، والحسن بن علي الكرابيسي،^(٣) والزعفراني.^(١)

^١ راجع المحضري ص ٦.

^٢ راجع الشافعي لأبي زهرة ص ٢٦٩ فما بعدها.

^٣ البغدادي وهو أشهر أصحاب الإمام الشافعي وأحفظهم لمذهبه (ت- ٢٤٥ هـ أو ٢٤٨ هـ) كرابيس جمع كراباس الثوب الغليظ، كلمة فارسية، ابن خلكان ١/١٨١.

وعندما رحل إلى مصر واستقر به المقام، وأطلع على ما عند علمائها، ووقف على الأعراف والعادات الموجودة فيها، نضجت عقليته الفقهية وبرزت مواهبه واتسع أفقه، فأملى على تلاميذه المصريين كتبه الجديدة التي يجمعها كتاب (الأم) والتي ضمنها ما استقرّ عليه مذهبه.

أشهر أصحابه:

يُعتبر بن يحيى البريطي^(٢) وأبو إبراهيم بن إسماعيل المزني^(٣) والربيع بن سليمان المرادي،^(٤) أشهر أصحابه المصريين. كما يُعتبر إبراهيم بن خالد البغدادي والحسن بن محمد الزعفراني وأحمد بن عمر سريج،^(٥) من أشهد أصحابه العراقيين.

٤- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١ هـ):

هو أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبدالله بن حيان بن عبدالله بن أنس الشيباني المروزي البغدادي.

نشأته:

هو مروي الأصل ولد ونشأ ببغداد، طلب العلم على شيوخ بغداد والكوفة والبصرة والمدينة والشام، ودرس على أبي يوسف وهو ابن ١٦ سنة، وتفقه على الشافعي حين قدم بغداد، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين، ولم يزل صاحبه إلى أن ارتحل الشافعي إلى مصر، وقال الشافعي في حقه: "خرجت من بغداد وما خلفت بها أتقى ولا أفقه من ابن حنبل".

^١ يُعتبر اثبت رواية المذهب القديم للشافعي. منسوب إلى الزعفرانية- قرية قرب بغداد- (ت- ٢٦٠هـ).
^٢ كان الشافعي يعتمد في الفتيا واستخلفه على أصحابه بعد موته وتوفي عام ٢٣١هـ. مسجوناً ببغداد في فتنة خلق القرآن.
^٣ (١٧٥ - ٢٦٤هـ) وقد ألف الكتب التي عليها مدار مذهب الشافعي.
^٤ ت- ٢٧٠ هـ .

^٥ وهو معروف بالتحقيق والتدقيق وله مصنفات يُقال أنها بلغت ٤٠٠ مصنف، (ت- ٣٠٦ هـ).

ثم أصبح مجتهداً مستقلاً في الفقه، بالإضافة إلى إنه أستكثر من الحديث حتى صار إمام الحديث في عصره، ينقل عنه البخاري ومسلم. وألف كتاب المسند جمع فيه من الحديث ما لم يتفق لغيره.^(١)

صفاته:

كان الإمام أحمد (رحمه الله) يتمتع بمحافظة قوية وشهد بقوة حفظه وضبطه معاصروه، فحفظ أحاديث رسول الله (ﷺ) وفتاوى الصحابة والتابعين، واستنبط الأحكام في ضوئها وكان يتصف بالجلد والصبر وقوة التحمل وغيرها من السجايا التي منشؤها قوة الإرادة وصدق العزيمة وسمو الهمة، وكان واعياً في عقله متيناً في إيمانه، لذلك ابتعد عن الجدل، وكان عميقاً في فقهه، شديد الحرص على ألا يخرج عن دائرة سنة رسول الله (ﷺ) وفتاوى وأقضية الصحابة (رضي الله عنهم).

أصول استنباطه:

يرى ابن القيم^(٢) أن أصول استنباط الإمام أحمد للأحكام خمسة:

أ- الكتاب والسنة .

ب- ما أفتى به الصحابة إن لم يعلم لهم مخالف فيه.

ج- إذا اختلفت الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقرب إلى الكتاب والسنة، وإلا حكي الخلاف ولم يجزم بقول.

د- الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف، إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه ويرجعه على القياس.

هـ- القياس، إذا لم يجد نصاً ولا قولاً للصحابة، ولا أثراً مرسلأً أو ضعيفاً، مال إلى القياس يستعمله للضرورة.

^١ راجع الأستاذ السائيس ص ١٠٧، الحضري ص ٢٢١، محمد أنيس عبادة ٣٥/٢.

^٢ راجع اعلام الموقعين لأبن القيم ٣٢/١ فما بعدها .

راجع الامام احمد لاستاذ أبي زهرة ص ٣٠٥ فما بعدها .

وأنت ترى أن ما اعتبره ابن القيم خمسة هي في الحقيقة أربعة، وهي الكتاب والسنة وقول الصحابي والقياس. ثم إن أصول الإمام أحمد لم تقتصر على أربعة ولا على خمسة، كما هو مبين في كتب أصول الفقه للحنابلة.^(١)

فأصول الاستنباط عند الإمام هي: الكتاب والسنة والإجماع وقول الصحابي والقياس والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع.

أسباب كثرة الروايات عن الإمام أحمد:

كثيراً ما يُنسب إلى الإمام أحمد (رحمه الله) عدة آراء أو روايات في مسألة واحدة، ويعود ذلك إلى عوامل أهمها:

أ- كان (رحمه الله) متورعاً يكره البدعة في الدين، فقد يفتى بالرأي ثم يطلع على حديث أو أثر يكون حكمه مغايراً لما أفتى به، فيرجع عن رايه، والناقل قد لا يعلم هذا الرجوع، فينقل عنه القولين.

ب- إذا اختلف الصحابة لم يخرج الإمام أحمد عن أقوالهم، فإذا روى في المسألة رأيان أو أكثر للصحابة، أمسك عن الترجيح، وبذلك يُنسب إليه قولان، في حين أنه التزم جانب الصمت، ولم يرجع قولاً من الأقوال.

ج- اختلاف الصحابة في الاستنباط من أقواله وأفعاله وأجوبته ورواياته، حيث قد يُفسرها كل بما يختلف عما ذهب إليه الآخر، وبذلك يُنسب إليه رأيان أو أكثر، في حين أن له رأياً واحداً في المسألة.

د- كان قد يفتى في واقعة ما بما يتفق مع الأثر، ثم يفتى في واقعة أخرى تقارب الأولى، لكنها تقترب بأحوال وملابسات تجعل الأنسب أن يفتى فيها بما يخالف الأولى، وبذلك يروى عنه رأيان يبدو فيه التضارب بينهما عند عدم ملاحظة تلك الملابسات.

^١ راجع شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير للفتوح في أصول فقه الحنابلة - الطبعة الأولى - ص ٣٨٢ - ٣٨٩.

المسودة في أصول فقه الحنابلة تتابع على تصنيفه ثلاثة من أئمة آل تيمية، مطبعة المدني ص ٤٥٠ - ٤٥٥.

الفكر السامي ١٩ / ٣ فما بعدها.

ابن حنبل للأستاذ أبي زهرة ص ٢٠٨ فما بعدها.

الطابع العام:

يتميز طابعه الفقهي بالميزات التالية:

أ- فتاويه كانت تعتمد على الأحاديث والأخبار وآثار السلف الصالح، فيفتي بقول الرسول (ﷺ) وأقضيته وفتاوى الصحابة فيما لا يعلم فيه خلافاً، ويختار ما اختلفوا فيه، ويستأنس بقول تابعي أو فقيه من الفقهاء الذين اشتهروا بعلم الأثر، كمالك والأوزاعي وغيرهما.

ب- إنه ابتعد عن الافتراضات وكان لا يفتي إلا فيما يقع من الأمور، لأن الفتوى والرأي- في نظره- لا يُصار إليهما الا عند الضرورة.

ج- إن اعتماده على الآثار بالدرجة الأولى لم يجعل فقهه محصوراً أو بعيداً عن الحياة العملية، إذ يُعتبر مذهبه أوسع المذاهب في إطلاق حرية التعاقد وفي الشروط التي يلتزم بها المتعاقدان، وقد أقر في مذهبه أمرين، هما:

١- الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر بها.

٢- الأصل في العقود والمعاملات الصحة، حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم. وعمل هذين الأصلين، بأن الله لا يُعبد إلا بما شرّعه على السنة رسله، لأن العبادة حق الله على عبده الذي رضي به، وأما العقود والمعاملات فإنها حقوق العباد، فهي عفو حتى يأتي ما يجرمها.

فأساس منهج الإمام أحمد (رحمه الله) احترام كل ما يشترطه المتعاقدان والالتزام به حتى يقوم دليل من الشارع على تحريم ذلك الاشتراط.

د- كان يفتي بالمصلحة إن أعوزه النص أو الأثر المتبع، وكان (رحمه الله) يعمل للوسائل حكم غايتها، وللمقدمات حكم نتائجها، فتوسع في ذلك بما لم يتوسع فيه فقه من سبقه.

وهذا النوع من التفكير الفقهي جعل الفقه الحنبلي خصباً حياً واسع الأجزاء، وكان لا يقتصر على الأمور في ظواهرها وماديتها، بل يحكم عليها ببواعثها، خلافاً لما عليه فقه الشافعي (رحمه الله)- في هذا الباب- الذي ينظر إلى العقود والتصرفات نظرة ظاهرية ولا يفسرها الا بعباراتها الدالة عليها ولا ينظر إلى بواعثها وغاياتها.^(١)

^١ راجع الإمام أحمد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٠٣ فما بعدها .

أشهر أتباعه:

لقد تبع الإمام أحمد في حياته عدد من الفقهاء قد يتعسر عدّهم، وأشهرهم أحمد بن محمد بن الحجاج المروزي^(١) وإبراهيم بن إسحاق الحريسي^(٢). وهناك شخصيتان كبيرتان تطورت وتعددت بفضلهما الفقه الحنبلي وهما: ابن تيمية، وابن القيم. ولأهمية دور هذين الفقيهين العظميين في الفقه الإسلامي بصورة عامة والفقه الحنبلي بصورة خاصة، نوجز حياتهما.

الإمام ابن تيمية (٦٦١ - ٧٢٨ هـ):

هو أحمد تقي الدين أبو العباس بن الشيخ شهاب الدين أبي المحاسن عبدالحليم بن الشيخ مجد الدين أبي البركات عبدالسلام بن أبي محمد، وتعرف هذه الأسرة بأسرة ابن تيمية.^(٣)

إنه فقيه عميق النظر، متسع الأفق، واسع الاطلاع، عرف منطق المذاهب الأربعة وأقيستها معرفة دقيقة، وهو دائم في عرض المسائل يحاول أن يقارن بين النظريات والأسس التي انبنى عليها كل رأي في دقة وإحكام.

والمنهج الذي سلكه ابن تيمية في بحثه واستنباطه يمكن تلخيصه بما يلي:

أ- أنه لا يثق بالعقل ثقة مطلقة، ولكنه لا يهمله أيضاً، إذ حصره في إطار الشرع ودائرته، ولم يشأ أن يتجاوز قدره.

ب- إنه لا يتبع الرجال على آسمانهم، فليس لقول أحد عنده وزن إلا بقدر ما يسنده الكتاب أو السنة أو آثار السلف، فهو في أحكامه لا يتبع إلا الدليل.

ج- لقد رأى أن أصل الشريعة هو القرآن الكريم، والقرآن فسره النبي (ﷺ)، وأن الذين تلقوا ذلك التفسير والتوضيح والتبليغ هم الصحابة، فهم الذين تلقوا شرع الله، لذا لم يتبع ابن تيمية بعد الرسول (ﷺ) إلا الصحابة.

^١ وقد كان ورعاً صالحاً وإماماً في الفقه والحديث وله تصانيف كثيرة (ت- ٧٢٥ هـ).

^٢ هو إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم صاحب غريب الحديث ودلائل النبوة (ت- ٧٨٥ هـ).

^٣ الأعلام للزركلي ١٢٩/٤.

د- لم يكن متعصباً في تفكيره فلم يسيطر عليه فكر معين يتعصب له ويحمد عليه بل كان حرّ التفكير، خلّغ نفسه من كل ما يُقيّد، إلا الكتاب والسنة وآثار السلف الصالح. وكان في نشأته حنبلي المذهب ولكنه بعد أن درس المذاهب الفقهية وحلق في مصادرها، أدته دراساته إلى أن يخالف المذاهب الأربعة في بعض الآراء.^(١)

الإمام ابن القيم (٦٩١ - ٧٥١هـ):

هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي^(٢) أبو عبدالله شمس الدين كان أبوه قيماً على المجوزية.^(٣) كان هذا الإمام: زكي الفؤاد، واسع الاطلاع، عالماً بالسنة والآثار، شهد له العلماء بالفضل والسبق حتى قال القاضي برهان الدين الزرعي، ما تحت أديم السماء أوسع علماً منه.

أنه تتلمذ على شيخه ابن تيمية وأخذ منه الشيء الكثير وأعجب به أيما إعجاب حتى عدّ من أكبر مؤيديه والسائرين على نهجه، ولكنه مع ذلك له منهجه المستقل في البحث والتأليف يمكن إيجازه بما يلي:

أ- الإكثار من الأدلة النقلية والعقلية.

ب- عرض آراء الفقهاء في المسألة ثم الاختيار من بينها أو المتوسط في الرأي.

ج- إيراد الأدلة على ما يراه ثم إيراد أدلة المخالفين ثم تفنيدها.

د- عدم الاكتفاء بالاستدلال بالآيات بل يتبعها بالأحاديث النبوية. ويرى أن السنة تأتي بأحكام زائدة عن الكتاب كتورث الجدة.

هـ- عرض النصوص ثم الاستنباط منها دون تعرّض لآراء الفقهاء في بعض الأحيان.

و- عدم تعصبه لمذهب معين، ومحو أهدافه الدعوة إلى الاجتهاد ونبذ التقليد.^(٤)

^١ ابن تيمية للاستاذ أبي زهرة ص ٢١٨ فما بعدها.

^٢ زرع قرية من حوران في سورية.

^٣ مدرسة بناها عمي الدين بن الحافظ أبي الفرج بن المجوزي بدمشق.

^٤ انظر ابن قيم المجوزية للدكتور عبدالعظيم عبدالسلام ص ٤٨٢ فما بعدها.

٥- الإمام جعفر الصادق (٨٠-١٤٨هـ):

هو أبو عبدالله جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. (ع).

ويعتبر أكبر أئمة الشيعة الإمامية الاثني عشرية في عهد تابعي التابعين وكان من سادات أهل البيت ولُقّب بالصادق لصدقه.

وولد من أبوين كريمين هما محمد الباقر ووفرة بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق (ع) ونشأ في بيت المجد والعلم واستمر يطلب العلم حتى نال علم السنة وعلم الفقه، وكان معنياً بمعرفة آراء الفقهاء على شتى مناهجهم ليختار منها المنهاج القويم، وعاصر جمهرة كبيرة من فقهاء التابعين. وهو من أئمة المعصومين عند الشيعة الإمامية، وهم أكبر فرق الشيعة لهم منهج خاص ووجهة معينة وفقه متميز ببعض الميزات.

أصول استنباط الإمامية:

إنهم يعتمدون على المصادر الأصلية وهي القرآن، والسنة التي عبارة- في نظرهم- عن أوامر المعصوم ونواهيه وأفعاله وتقريراته، فتشمل ما صدر عن الرسول وعن الأئمة المعصومين بشأن التشريع، ويعتمدون أيضاً على المصادر التبعية وهي:

أ- الإجماع: قالوا إذا كان الفقهاء كلهم اتفقوا على فتوى وجب الأخذ بها، إما لأن الأمة لا تتفق على الخطأ- كما هو رأي الجمهور- أو لأنه يكشف عن قول المعصوم كما هو رأي الإمامية.

ب- العقل: وهو مصدر يجب أن يصار إليه والعمل بما يقتضيه في الأصول العملية عند عدم النص وعدم وجود الإجماع.

الطابع العام لفقهمهم:

لم تتفق كلمة الإمامية على نزعة فقهية موحدة، بل دبّ الانقسام بينهم منذ عهد بعيد، فانقسموا إلى الإخباريين والأصوليين، ولكلّ منهج خاص.

ومن أصول الإخباريين: القول بعصمة الأئمة، وإن علياً (ع) وهو وصي رسول الله (ص) أفضى بظاهر الشريعة وخافئها، وهو أفضى بها إلى من خلفه من الأئمة.

وعلى هذا فأقوال الأئمة عندهم بمثابة نصوص الشارع، وإن الأحكام لا تنال بالاجتهاد والرأي، وإنما تنال من جهة الإمام المعصوم، انهم يعتمدون على محدثيهم فقط، وكتب الكليني والصدوق والطوسي، التي عندهم بمثابة الصحاح عند أهل السنة، وهذه الكتب:

- الكافي لمحمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني، شيخ الشيعة الإمامية، ويحتوي على (١٦٠٩٩) حديثاً، كلها عن طريق آل البيت.

- كتاب من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه.

- كتابا التهذيب والاستبصار لمحمد بن الحسن الطوسي.

ويرى الإخباريون الاكتفاء بما جاء فيها من الأخبار، لأنها قطعية أو أنها على الأقل بلغت في الثقة حدا يبعث على الاطمئنان، فكلها حجة.

أما الأصوليون: فمن منزههم عدم الاعتماد على ما في الكتب الأربعة من الأخبار إلا بعد نقدها حديثاً حديثاً، وفحصها دلالة وسنداً لأن أكثرها غير قطعية من حيث السند، وهي مختلفة المراتب، ففيها الصحيح، والحسن، والموثوق، والضعيف، والمرسل، وكل ما كان كذلك فهو ظني.

يستخلص من هذا العرض أن منهج الإخباريين يختلف عن منهج الأصوليين في أمرين جوهريين:

أحدهما هو أن الإخباريين يأخذون بكل ما في الكتب الأربعة من غير تمحيص. أما الأصوليون فإنهم يرون ضرورة التمييز بين ما يمكن الأخذ به وما لا يمكن الأخذ به، لأن الضعيف مردود فيجب الاحتياط في التحليل والتحريم، ولأن الأصل هو البراءة والإباحة حتى يقوم دليل التكليف من طلب أو نهى.

وثانيهما هو أن الإخباريين يقلّدون الأئمة ولا يجتهدون ويتوقفون إن لم يجدوا نصاً من الأخبار لأن ما جاء فيها كامل لا يستوجب زسادة، ففيه حكم كل شيء من الحاجات البشرية، بعكس الأصوليين فإنهم يرون ضرورة الاجتهاد لعدم كفاية تلك الأخبار.

غير إن الفريقين متفقان على أن كل ما جاء عن الأئمة عامة وعن جعفر الصادق وأبيه خاصة، حجة ومفسر للقرآن ومخصص لعمومه ومقيّد لمطلقه، بمقتضى وصاية الإمامة.^(١)

^١ انظر مقدمة شرح ديوان الشريف المرتضى للصفار ص ٧٢-٧٣.

مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي ص ١٩٠.

وإلى جانب ذلك فإن الفقه الإمامي أخذ يتطور منذ القرن الثالث الهجري، فهو فقه مرن ومتحرك بسبب استمرار الاجتهاد.

٦- الإمام زيد (٨٠-١٢٢هـ):

هو زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب (ع) مؤسس مذهب الزيدية.

نشأته:

ولد في بيت النبوة من أبوين كريمين ومن أسرة تحمل لواء علم الشريعة والتقوى والصلاح، وتلقى علومه من أبيه وأخيه محمد الباقر وعبدالله بن الحسين وكثير من التابعين، ولما بلغ أشده خرج لطلب العلم فالتقى بواصل بن عطاء وتدارس معه مذهب المعتزلة، وبيع بالخلافة في الكوفة أيام هشام بن عبد الملك، وأمير الكوفة آنذاك يوسف الثقفى، فقاتل زيدا وأصحابه حتى أستشهد زيد ودُفن ليلاً.

إن الفقه الزيدي ليس هو فقه الإمام زيد وحده، بل هو مزيج من فقهه وفقه تلاميذه ومن جاؤا بعده من كبار أهل البيت من المنتسبين إلى هذا المذهب كالرسى والهادي والناصر. والإمام زيد لم يكن له نهج مستقل في الفقه والاستنباط، فمنهاجه الذي كان يسير عليه لم يستبعد عن منهج الأئمة الذين عاصروهم كأبي حنيفة وابن أبي ليلى، وغيرهم من أئمة الفقه والحديث الذين أظلمت المدينة أو أظلم العراق.

أصول استنباط الزيدية:

- ١- الأخذ بكتاب الله.
- ٢- السنة النبوية.
- ٣- الإجماع: وللإجماع عندهم مراتب سبع: أعلاها ما أجمع عليه السلف والخلف، ولم يعرف فيها الخلاف، وأدناها ما اتفق عليه أهل العصر إلا واحداً أو اثنين.

- ٤- القياس: وهو في نظرهم يشمل الاستحسان والمصالح المرسلة.
- ٥- العقل: والزيدية يعتبرون التحمين العقلي والتبحيح العقلي، فما يقرر العقل حسنه يكون مطلوباً. وما يُقرر قبحه يكون منهيّاً عنه، وذلك إذا لم يوجد ما يستدل به غيره، فعليه أصول استنباطهم خمسة إجمالاً وسبعة تفصيلاً.^(١)

الطابع العام لفقه الزيدية:

يتميز الفقه الزيدي بالميزات التالية:

- أ- بنى زيد بن علي فقهه على الحديث، وعلى "رأي" وهو في الحديث لم يقتصر على روايات أهل البيت، بل تلقى بالقبول روايات الصحابة أيضاً.
- ب- إن فقهاء هذا المذهب خلافاً لغيرهم، أخذوا من المذاهب الأخرى ما يتفق مع منطق مذهبهم وأصوله، أو مع جملة الأصول التي قررها فقهاء المسلمين، وكان لذلك فضل كبير في توسع هذا المذهب.
- ج- تمسك فقهاء الزيدية بمبدأ فتح باب الاجتهاد والسير مع الأحداث وتقديم الحلول لها بما ينسجم مع روح الشريعة.
- د- عندما تفرق أئمة أهل البيت فراراً من الاضطهاد العباسي أو الفاطمي، حملوا معهم أصول المذهب الزيدي، فاجتهدوا فيه وأخذوا بنظر الاعتبار الأعراف والعادات المحلية في أي مكان حلّوا فيه، وبذلك تكوّن لديهم فقه واسع.
- أشهر فقهاء المذهب الزيدي بعد الإمام زيد هم: الإمام هاشم بن إبراهيم الرسي،^(٢) وحفيده الإمام الهادي بن يحيى بن الحسين بن القاسم،^(٣) والحسن بن علي،^(٤) والإمام أحمد بن يحيى المرتضى.^(٥)

^١ انظر الفكر السامي ٦٧/٣ فما بعدها.

^٢ الإمام زيد لأبي زهرة ص ٣٢٦، ٤١١، ٤١٥، ٤٥٧.

^٣ مؤسس المدرسة القاسمية في الفقه الزيدي (ت- ٢٤٢ هـ).

^٤ أستشهد في حربه مع القرامطة (٢٩٨ هـ).

^٥ مؤسس المدرسة الناصرية في الفقه الزيدي (ت- ٣٠٤ هـ).

^٥ صاحب كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار (ت- ٨٤٠ هـ).

٧- داود الظاهري (٢٠٢-٢٧٠ هـ):

هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف البغدادي نشأه والأصبهاني نسباً ومؤسس المذهب الظاهري. وقد نشأ زاهداً كثير الورع ودرس على تلاميذ الشافعي وتخرج عليهم وكان معجباً أشد الإعجاب بالشافعي ومتعصباً له، ثم ترك مذهبه مع تقديره لذلك الإمام الجليل، فأسس مذهب الظاهرية، وانتهت إليه رئاسة العلم، وأصبح إماماً لأصحاب الظاهرية، ويُعتبر على رأس مدرسة الحديث إذ كان من أشد الناس تمسكاً بالحديث وتطرفاً في الأخذ بظاهره، وترك القياس، ولم يأخذ بالتعليل، وكل ما يتصل بالرأي من قريب أو بعيد، وبذلك يُعتبر الطرف النقيض للمذهب الحنفي، فهو كما رفض الرأي رفض التقليد أيضاً، ورأى أن في عموميات نصوص الكتاب والسنة ما يفي بكل سؤال.

وأساس مذهبه هو العمل بظاهر الكتاب والسنة، والعمل بما أجمع عليه الصحابة دون إجماع غيرهم.^(١)

ومن ألع الشخصيات الفقهية الذين ناصرُوا هذا المذهب وأقاموا صرحه: ابن حزم الظاهري الذي يُعتبر المؤسس الحقيقي للمذهب الظاهرية، لذا نرى أن نفرد به بعض الكلام.

ابن حزم الظاهري (٣٨٤-٤٥٦ هـ).

هو علي بن أحمد بن حزم، وكنيته أبو محمد، ولد بقرطبة في الأندلس، وتولى الوزارة في عهد المستظهر عبدالرحمن بن هشام ٤١٤ هـ، وكان من أسرة لها شأن في حكم الأندلس. أنه أقبل على العلم منذ صغره واتجه أولاً إلى فقه مالك عندما كان هو المذهب السائد في الأندلس، ثم درس مذهب الشافعي ونحاه أخيراً منحى الإمام داود الظاهري في الدعوة إلى التمسك بالنصوص والقول ببيان القياس ثم استقل في التفكير والتقدير.

وتدخل في تكوين شخصية ابن حزم عوامل أهمها: مواهبه الشخصية، وفي مقدمتها حافظته القوية المستوعبة لأنواع العلوم، وأثار الصحابة والتابعين، وإلى جانب ذلك تأثره

^١ انظر الأعلام للزركلي ٨/٣

الفكر السامي ٢٣/٢ فما بعدها.

مقدمة ابن خلدون ص ٣٧٢.

تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٨/٣٧٠ فما بعدها.

بالبيئة التي عاش فيها، وبشيوخه الموجهين له.^(١)

الطابع العام لفقه الظاهرية:

يتميز فقه الظاهرية بالميزات التالية:

- ١- فهو فقه النصوص بصورة عامة وفقه الحديث بصورة خاصة.
- ٢- إن اقتصار هذا الفقه على بعض الأصول للأحكام ورفضه العمل بالقياس وإجماع غير الصحابة وبقية المصادر التبعية، أدى إلى المخرج والتضييق في كثير من المعاملات التي يحتاجها الناس.^(٢)
- ٣- إن هذا الفقه بعكس فقه الحنابلة يُقر بطلان كل عقد وشرط لم يثبت بنص أو إجماع، استناداً إلى أدلة منها قول الرسول (ﷺ) مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ.^(٣)

٨- الإمام جابر الأباضي (٢١ - ٩٣ هـ):

إنه الإمام جابر بن زيد الأزدي الأباضي، المؤسس الأول لمذهب الأباضية، الذي هو من أقدم المذاهب نشوءاً، فهو عماني الأصل، ومن كبار التابعين، وأقام بالبصرة وعُرف بملازمته لبعض كبار الصحابة كعبدالله بن عباس وأنس بن مالك خادم رسول الله (ﷺ) وعبدالله بن عمر.

والأباضية فرقة من معتدلي الخوارج وهي أقربها إلى الجمهور المعتدل رأياً وتفكيراً. واشتهر هذا المذهب بالأباضية نسبة إلى عبدالله بن أباض التميمي، اعترافاً بدوره في تطويره حيث قام بتدوينه ووضع أسسه، وعاصر عبدالمملك بن مروان، وهناك أباضيون حتى اليوم في عمان والجزائر وزنجبار.

^١ راجع ترجمة ابن حزم في الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ١١٧١/٧ .

ابن حزم لأبي زهرة ص ٦٦ فما بعدها .

^٢ راجع الفكر السامي للحجوي ٤٦/١ .

^٣ الحديث رواه البخاري ١٧/٢، وأخرجه الدار قطني ٢٢٧/٤، ورواه مسلم وأحمد في مسنده عن عائشة.

ومصادر استنباط الأباضية هي نفس المصادر المعتمدة عند الكثير من المذاهب الإسلامية فيما عدا الإجماع من الكتاب والسنة والاستدلال الشامل للاستصحاب والمصالح المرسلة والاستحسان.^(١)

واشتهر من علماء هذا المذهب محمد بن يوسف بن أطفيش،^(٢) وصالح بن علي بن ناصر،^(٣) وعبدالله بن حميد بن سلوم السالمي.^(٤)

الاستنتاج:

ونستنتج من هذا العرض أن الفقهاء قد اختلفوا في أصول الاستنباط وفي الاعتداد بالمصادر التبعية، وكذلك اختلفوا في النزعة الفقهية.

وإذا أضفنا ذلك إلى اختلاف العلماء من الأصوليين والفقهاء في القواعد الأصولية واللغوية، كما هو مبين في كتب الأصول لمختلف المذاهب، يتبين لنا أن الأسباب الرئيسة للاختلاف تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: فيما يتعلق بالمصادر الأصلية (الكتاب والسنة).

القسم الثاني: فيما يتعلق بالمصادر التبعية (الإجماع والقياس وقول الصحابي والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف وغيرها..)

ويتنوع القسم الأول إلى نوعين:

النوع الأول: يشترك فيه الكتاب والسنة وهو الاختلاف في القواعد الأصولية واللغوية. النوع الثاني: يختص بالسنة وهو الاختلاف في العلم بالحديث، أو الثقة به، أو العمل به تحت شروط معينة، أو التعارض بين الأحاديث ودفعه.

وجه الضبط: إن الخلاف إما ما يتعلق بالنصوص أو بغير النصوص.

فالأول: إما أن يشترك فيه الكتاب والسنة-وهو الخلاف في القواعد الأصولية واللغوية- أو لا، وهو الخلاف فيما يتعلق بالسنة.^(١)

^١ راجع طلعت الشمس للسالمي الأباضي ١٩/١ - ٢٠.

الموسوعة العربية الميسرة ص ١.

^٢ صاحب شرح النيل وشفاء العليل في فقه الباطنية.

^٣ (ت- ١٣١٤ هـ).

^٤ الشهير بعبده الضرير (ت- ١٣٣٢ هـ).

والثاني: هو الخلاف في الاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه عن طريق العمل بمصدر من المصادر التبعية.

وجميع الأسباب الجزئية لاختلاف الفقهاء تندرج تحت هذه الكليات. وبناء على ذلك نوزع هذا الموضوع من الناحية الشكلية على أربعة أبواب: غصص الباب الأول: لاختلاف الفقهاء في الأحكام تبعاً لاختلافهم في القواعد الأصولية واللغوية.

ونتناول في الباب الثاني: الاختلاف في الأحكام بسبب الاختلاف في السنة. ونبين في الباب الثالث: اختلاف الصعابة والتابعين في الأحكام بسبب اختلافهم في الاجتهاد بالرأي.

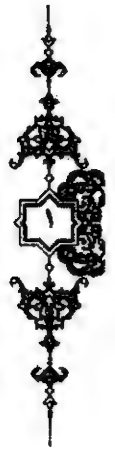
ونبحث في الباب الرابع:: اختلاف أئمة المذاهب الناشئ من اختلافهم في العمل بالمصادر التبعية.

^١ إن قيل ان الشق الثاني يشمل ما يختص بالقرآن دون السنة أيضاً، قلنا ليس للفقهاء خلاف فيما يتعلق بالعمل بالقرآن الكريم إلا في القواعد الأصولية واللغوية.

الباب الأول

الاختلاف في الأحكام تبعاً للاختلاف في القواعد الأصولية واللغوية

يتناول الباب الأول اختلاف الفقهاء
الناشئ عن اختلافهم في القواعد
الأصولية واللغوية من حيث وضع
الألفاظ لمعانيها، وأوجه دلالتها
على الأحكام، ووضوح الدلالة،
وخفاؤها، ومن حيث استعمال
الألفاظ في المعاني، وذلك ضمن
فصول خمسة.



الفصل الأول

اللفظ باعتبار وضعه خاص، أو عام، أو مشترك

لأن اللفظ إن وضع لمعنى واحد، فإما أن يكون على الانفراد، أو على الاشتراك بين الأفراد، فالأول خاص، والثاني عام. وإن وضع لأكثر من معنى، فإما أن يكون بوضع واحد أو ينفرد كل معنى بوضع مستقل، فهو بالاعتبار الأول مشترك معنوي، وبالاعتبار الثاني مشترك لفظي.^(١)

وعلى هذا الأساس ينقسم الفصل من الناحية الشكلية إلى ثلاثة مباحث:



^١ انظر مشكاة الأنوار في اصول المنار للعلامة زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نعيم. ط/ ١٣٥٥هـ، ١٤/١

المبحث الأول

الخاص

ويتضمن بحث الخاص من حيث حقيقته، ودلالته، وأنواعه من الأمر، والنهي، والمطلق والمقيّد، أربعة مطالب:

المطلب الأول

الخاص.. دلالته.. أثره على اختلاف الفقهاء

الخاص: ^(١)

لغة: هو التفرد، وقطع الشركة. ومنه خصه بالشيء إذا أفرد به دون غيره.
واصطلاحاً: كما عرّفه الأصوليون- هو كل لفظ ^(٢) وضع ^(٣) لمعنى واحد على الانفراد وانقطاع الشركة ^(٤)، سواء كان واحداً بالشخص ^(٥)، أم واحداً بالنوع ^(٦)، أم واحداً بالجنس ^(٧)، أم عدداً محصوراً بالكم ^(٨).

دلالته:

بعد بحث واستقراء تام، استقر رأي جمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء على أن دلالة الخاص على مدلوله قطعية، فيتيقن ما أريد به من الحكم ولا يصرف عن معناه إلاّ بدليل.

^١ من حيث أنه خاص أي من غير اعتبار العوارض والموانع كالقرينة الصارفة عن إرادة حقيقة النص.

^٢ سواء كان إسماً أم فعلاً أم حرفاً.

^٣ الوضع هو تخصيص اللفظ بإزاء المعنى لغة، أو عرفاً، أو شرعاً، أو قانوناً.

^٤ أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٣٠/١.

^٥ كاسماء الأعلام.

^٦ كللفظ (القتل) الموضوع لإزهاق الروح وهو نوع من أنواع الجرائم.

^٧ كللفظ (الجريمة) وهي جنس تندرج تحته أنواع الجرائم.

^٨ كللفظ مائة في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور: ٢).

يقول البزدوي: ^(١) "اللفظ الخاص يتناول المخصوص قطعاً وبيناً بلا شبهة لما أريد به من الحكم، ولا يخلو الخاص عن هذا في أصل الوضع وإن احتمل التغير عن أصل وضعه، لكن لا يحتمل التصرف فيه بطريق البيان لكونه بيئاً لما وضع له". ^(٢)

ويقول السرخسي: ^(٣) "حكم الخاص معرفة المراد باللفظ ووجوب العمل به فيما هو موضوع له لغة" ^(٤) لا يخلو خاص عن ذلك وإن كان يحتمل أن تغير اللفظ عن موضوعه عند قيام الدليل فيصير عبارة عنه مجازاً ولكنه غير محتمل للتصرف فيه ببياناً، فإنه بين في نفسه عامل فيما هو موضوع له بلا شبهة". ^(٥)

وجملة الكلام: أن المستفاد من اللفظ الخاص من غير العوارض والموانع كالقرينة الصارفة عن إرادة الحقيقة هو تناوله لمدلوله على وجه تنقطع إرادة غير مدلوله عنه، ولا يحتمل البيان والتفسير لكونه بيئاً في ذاته. فلاحتمال صفة اللفظ وهو صلاحيته لأن يراد به غير الموضوع له، فدلالة الخاص على المخصوص باعتبار أصل الوضع لا باعتبار الحقيقة والمجاز، لأنهما من باب الاستعمال، والمخصوص من باب الوضع والوضع مقدم على الاستعمال.

حكم الخاص:

قلنا لقد استقر رأي الجمهور على أن الخاص يفيد مدلوله بطريق القطع، إلا أن هناك خلافاً في هذا الأصل من الأوجه الآتية:

أ- الاختلاف في ثبوت القطعية: قال بعض الأصوليين والفقهاء -كمشايخ سمرقند وأصحاب الشافعي (رحمه الله) -: "لا يثبت بالخاص الحكم القطعي، لوجود احتمال المجاز، ومع الاحتمال لا يتصور القطع". ^(٦)

^١ فخر الإسلام على بن محمد البزدوي (ت - ٤٨٣هـ).

^٢ الأصول للبزدوي مع شرحه كشف الأسرار لعبد العزيز (ت - ٧٣٠هـ).

^٣ أبوبكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت - ٤٩٠هـ).

^٤ وكذلك عرفاً، وشرعاً، وقانوناً.

^٥ أصول السرخسي ١/ ١٢٨.

^٦ وأجيب عن ذلك بأن الإحتمال الذي لم ينشأ عن دليل (كقرينة مانعة من إرادة الموضوع له) كالمعدوم فلا يمنع من القطع.

انظر تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد عبدالرحمن الحلاوي، مطبعة الحلبي ١٣٤١هـ، ص ٣٧.

ب- الاختلاف في اعتبار أصل اللفظ من الخاص أو من العام، أو من المشترك... أو غير ذلك.

ج- الاختلاف في أن ما يُضَاف إلى مدلول النص الخاص من حكم آخر هل يعتبر نسخاً، فلا يجوز بدليل ظني، كحديث الآحاد أو برأي المجتهد.

ومن المجدير بالذكر أنه لا خلاف بين الأصوليين والفقهاء في أن الزيادة على النص إذا كانت حكماً مستقلاً وليس مكملاً ومتماً للحكم المدلول عليه للنص الخاص، لا يعتبر ذلك نسخاً لحكم المزيد عليه، لأنها زيادة حكم في الشرع من غير تغيير للأول.^(١)

وكذلك لا خلاف في أن الزيادة إنما تعتبر نسخاً بالنسبة إلى أحكام وحقوق الله من عبادة، أو عقوبة، أو كفارة، لأنها لا تحتل الوصل بالتجزئ، فركعة واحدة من صلاة الصبح لا تُسمى صلاة، وتسع وتسعون جلدة لا تُسمى حداً في جريمة الزنا.

بخلاف حقوق العباد فإنها بما يحتل الوصل بالتجزئ، فيمكن أن يجعل الحاق الزيادة تقريراً للمزيد عليه.^(٢)

وإنما اختلفوا فيما عدا ذلك على آراء أهمها ثلاثة:

الأول: الزيادة نسخ مطلقاً:

وذهب إليه الحنفية ومن وافقهم. قال السرخسي: "الزيادة على النص بين صورة، ونسخ معنى عندنا سواء كانت الزيادة في السبب أو في الحكم. وعلى قول الشافعي بمنزلة تخصيص العام ولا يكون فيه معنى النسخ حتى يجوز ذلك بخبر الآحاد".^(٣) واستدلوا على ذلك بأن النسخ بيان لانتهاه حكم وابتداء حكم آخر، والنص المطلق يوجب العمل بإطلاقه، فإذا صار مقيداً تحول إلى شيء آخر، لأن التقييد والإطلاق ضدان لا يجتمعان، وإذا كان هذا غير الأول فلا بد من القول بانتهاه الأول وابتداء الثاني.^(٤)

^١ انظر كشف الأسرار لعبدالعزیز البخاری، المرجع السابق ٣/٩١١.

^٢ أصول السرخسي ٨٢/٢.

^٣ المرجع السابق.

^٤ أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٣/٩١٢.

والثاني: الزيادة ليست نسخاً مطلقاً:

واليه ذهب المالكية والجعفرية والشافعية والحنابلة، وبعض المعتزلة كالجبائي وأبي هاشم، لأن حقيقة النسخ تبديل ورفع لحكم الخطاب، والزيادة تقرير للحكم المشروع، وضم شيء آخر إليه، وهذا أشبه بضم الأمر بالصيام إلى الصلاة.

الثالث: التفصيل على الوجه الآتي:

أ- قال البعض: إن أفادت الزيادة خلاف ما أفاده مفهوم مخالفة النص الخاص، كانت نسخاً، كإيجاب الزكاة في معلوفة الغنم، فإنه خلاف ما أفاده قول الرسول (ﷺ): ((في الغنم السائمة زكاة)).^(١) من نفي الزكاة عن المعلوفة عن طريق مفهوم مخالفة هذا النص. وإن لم تغد الزيادة هذا الخلاف لا تعتبر نسخاً.

ب- وقال جماعة إن غيّرت الزيادة حكم المزيد عليه في المستقبل كزيادة التفريغ على الحد، كانت نسخاً، وإلا فلا، وهو مذهب الكرخي وأبي عبدالله البصري من المعتزلة.

ج- وقال الآخرون: إن غيّرت المزيد عليه تغييراً شرعياً بحيث صار لو فعل بعد الزيادة على حسب ما كان يفعل قبلها، كان وجوده كعدم، ووجب استئنائه كان ذلك نسخاً وإلا فلا. وهو ما ذهب إليه الأشعرية، وابن نصر المالكي، والباقي متابعة منهم لأبن الباقلاني.

ومن العلماء من قال غير ذلك، ومن يطلب مزيداً من الاطلاع فليراجع كتب الأصول.

الترجيح:

والذي أرجحه هو أن الزيادة ليست نسخاً ولا بمخالفة النسخ لما يلي:

أ- لو كانت الزيادة نسخاً لما أجاز اقترانها بالمزيد عليه، لأن النسخ لا يُقارن المنسوخ، وقد جَوَّز الحنفية اقترانها به.

ب- الزيادة لا توجب رفع المزيد عليه، لا لغة ولا شرعاً ولا عرفاً ولا عقلاً، مع أن النسخ رفع لذلك.

ج- لا بد في النسخ من توفر شرط التنافي والعراض بين النسخ والمنسوخ، وامتناع اجتماعهما، ومن المعلوم أن الزيادة لا تتنافى والمزيد عليه، وإن اجتماعهما معاً أمر

^١ وفي لفظ البخاري (صدقة الغنم في سائمتها) سبل السلام ١٢٢/٢

ممكّن.

ج- الناسخ والمنسوخ لابد أن يتواردا على محل واحد، يقتضي المنسوخ ثبوته والناسخ رفعه أو بالعكس، وهذا أمر لا يمكن تحقيقه في الزيادة على النص.^(١)

أثر الاختلاف في هذا الأصل على الاختلاف في الأحكام الشرعية:

من الطبيعي أن ينعكس أثر الاختلاف في هذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي على أحكام اجتهادية، نستعرض منها ما يلي:

١- اختلفوا في حكم الطمأنينة في الركوع والسجود في الصلاة كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وعمر (رحمهما الله) القدر المفروض من الركوع في الصلاة الانحناء والميل، ومن السجود أصل الوضع.

فأما الطمأنينة عليهما فليست بفرض.^(٢) وحجتهما في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ﴾.^(٣)

وجه الاستدلال بالآية هو أن كلاً من الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على معانيهما المخصوصة دلالة قطعية، فالركوع موضوع للميل من الاستواء، فهو يتأتى بأدنى انحطاط، فالحاق صفة الاعتدال (الطمأنينة) به ليكون فرضاً لا يكون عملاً بما وضع له هذا الخاص، وإنما يكون ذلك زيادة تُضاف إلى مدلول هذا النص الخاص بحديث الأحاد. وهذه الزيادة نسخ لحكم ثابت بنص قطعي بدليل ظني، وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا بتنزيل درجة القرآن إلى درجة حديث الأحاد أو برفع مرتبة حديث الأحاد إلى رتبة القرآن.

وكل ذلك باطل.

إذن الزيادة ليست فرضاً وإنما هي من السنن جمعاً بين الدليلين (القرآن والسنة

^١ انظر أعلام الموقعين لأبن القيم ٢/٢٨٦ وما بعدها.

^٢ وخالفها أبو يوسف وزفر وقالوا بفرضية الطمأنينة في الركوع والسجود. انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت-٥٨٧هـ) مطبعة العاصمة/ القاهرة/ ٣١٣/١ وما بعدها.

^٣ الحج: ٧٧

(النبوية).^(١)

ويتفق رأي الإمام مالك،^(٢) والإمام الأوزاعي^(٣) مع ما ذهب إليه كل من الإمام أبي حنيفة والإمام محمد الشيباني.

ب- وقال الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والمجعفرية^(٦)، والظاهرية^(٧)، والزيدية^(٨): إن الطمأنينة فرض من فروض الصلاة، وشرط أساس للاعتداد بكل من الركوع والسجود. وحجتهم في ذلك ما رواه علي بن يحيى بن خلاد عن أبيه عن عمه رفاعة بن رابع، من أنه قال: ((كنت جالساً^(٩) عند رسول الله ﷺ، إذ جاء رجل فدخل المسجد فصلى، فلما قضى صلاته جاء فسلم^(١٠) فقال له رسول الله ﷺ:))

^١ انظر أصول البزدي مع كشف الأسرار ٨١/١. أصول السرخسي ١٢٨/١. فتح الغفار بشرح المنار المعروف بشكاة الأنوار في أصول المنار للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بإبن نعيم. المرجع السابق ١٩/١.

^٢ انظر الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ١٠٧/١ وفيه: "الفرض السادس ركوع من قيام تقرب راحته فيه من ركبتيه، فالركوع الواجب هو الإيماء بحيث لو وضع كفيه لكانتا على رأس الفخنين، أما تسوية الظهر فمندوب زائد على الوجوب كتمكين اليدين من الركبتين".

^٣ انظر مذهب الإمام الأوزاعي، تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري مطبعة الإرشاد ١٣٩٧هـ، ١٨٥/١ وفيه: "مذهب الإمام الأوزاعي: أن المقدار الذي لا تتم الصلاة إلا به هو أن يركع المصلي حتى يستوي راعياً.. تقل ذلك عنه العيني وبه قال أبو حنيفة ومالك.. لأن الركوع لغة الإيماء فيتحقق الواجب بالادنى منه".

^٤ الأنوار (٩٢/١) وفيه: "الركن الخامس الركوع ويشترط فيه أن يطمئن فيه بحيث ينفصل هويته عن ارتفاعه ولو بلحظة".

^٥ المغني لأبن قدامة المقدسي (٤٤٩/١) وفيه: "يجب للمراكم أن يضع يديه على ركبتيه".

^٦ كتاب الخلاف للطوسي (١١٣/١) وفيه: "الطمأنينة ركن من أركان الصلاة".

^٧ المحلى (٢٥٥/٣) وفيه: "والركوع في الصلاة فرض، والطمأنينة في الركوع حتى تعتدل جميع أعضائه ويضع يديه على ركبتيه فرض".

^٨ البحر الرخار (٢٥٣/١) وفيه: "الركن الخامس الركوع لقوله تعالى: ﴿أركعوا﴾ ويطمئن حتماً، وهو لبث ما بعد انتهائه حتى يطمئن".

ومن الجدير بالذكر أن ما ورد في هذه المراجع من القول بوجوب الطمأنينة في الركوع ورد فيها أيضاً القول بوجوب الطمأنينة في السجود.

^٩ في المستدرک والبيهقي (أنه كان جالساً).

^{١٠} فيهما (المستدرک والبيهقي) زيادة: (على رسول الله وعلى القوم).

وعليك. ارجع فصل^(١)، فإنك لم تُصلِّ. فرجع، فلما قضى صلاته جاء فسلم^(٢)، فقال رسول الله (ﷺ): عليك^(٣)، ارجع فصله، فإنك لم تُصلِّ. فذكر ذلك مرتين أو ثلاثاً، فقال الرجل: أ أدري ما عتب عليّ^(٤) فقال النبي (ﷺ) انه: لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله، ويغسل^(٥) وجهه ويديه إلى المرفقين، ويمسح برأسه ورجليه إلى الكعبين، ثم يكبر الله ويمجده ويمجده ويقرأ من القرآن ما أذن الله فيه وتيسر^(٦)، ثم يكبر فيرفع فيضع^(٧) كفيه على ركبتيه حتى تظمن مفاصله وتسترخي^(٨)، ثم يقول: سمع الله لمن حمده، ويستوي قائماً حتى يأخذ كل عضو^(٩) مأخذه ويقيم صلبه، ثم يكبر فيسجد ويمكّن جبهته^(١٠) من الأرض حتى تظمن مفاصله وتسترخي^(١١)، ثم يكبر فيرفع رأسه ويستوي قاعداً على مقعدته ويقيم صلبه. فوصف الصلاة هكذا حتى فرغ، ثم قال: لا تتم صلاة أحدكم حتى يفعل ذلك^(١٢).

الترجيح:

في اعتقادي أن ما ذهب إليه الجمهور هو الصواب الذي يجب العمل به لما يلي:
أولاً: أن كلا من الركوع والسجود نقلهما الشارع من معناهما اللغوي إلى المعنى الشرعي، شأنهما شأن بقية المصطلحات الشرعية المنقولة من معانيها اللغوية المطلقة إلى المعاني الشرعية المقيدة بقيود إضافية، كالصلاة والصيام والزكاة

^١ فيهما فصل بدون الماء.

^٢ في البيهقي زيادة (على رسول الله وعلى القوم).

^٣ كلمة (وعليك) ليست في البيهقي.

^٤ فيهما (ما أدري ما عتب عليّ من صلاتي).

^٥ فيهما يغسل بدون الواو.

^٦ فيهما بمذف (وتيسر).

^٧ فيهما (ويضع).

^٨ في المستدرک (ويستوي) وفي البيهقي (فيستوي).

^٩ وفي رواية (كل عظم).

^{١٠} وفي رواية (وجهه).

^{١١} فيهما (ويستوي).

^{١٢} رواه الحاكم في المستدرک (١/ ٢٤١ - ٢٤٢) ورواه ابن الجارود في المنتقى ص ١٠٢ - ١٠٣ عن محمد بن يحيى عن حجاج عن المنهال.

والحج والربا...

فالركوع: منقول من معناه اللغوي الذي هو مجرد الانحناء إلى معنى جديد شرعي، وهو وضع الكفين على الركبتين (ووصولهما إليهما)، بحيث تطمئن المفاصل وتسترخي.

والسجود: منقول من وضع الجبهة مطلقاً إلى تمكين الجبهة من الأرض حتى تطمئن المفاصل وتسترخي.

وبذلك أصبحا من الألفاظ المجملة لتردهما بين المعنى اللغوي الأصلي والمعنى الشرعي الجديد. ومن وظائف السنة النبوية بيان الممثل كما نصّ على ذلك قوله تعالى: ﴿...وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾^(١). وبدل على ذلك أن من وضع الجبهة على الأرض إلى غير القبلة، أو على غير الوضوء يعتبر ساجداً لغّةً، بينما ليست هذه السجدة معتبرة في الشرع.

إذن المقصود هو الركوع والسجود بمعناهما الشرعي دون اللغوي، فالحديث جاء لبيان ذلك وإزالة الإجمال، وبيان النص الممثل بمحدث الأحاد جائز باتفاق جميع الأصوليين والفقهاء..

ثانياً: إذا سلمنا جدلاً بأن النص (الركوع، والسجود) مطلق، وإن المقصود منه معناه اللغوي، فإن الحديث الذي تمسك به الجمهور حديث مشهور، تلقته الأمة الإسلامية بالقبول، ورواه أئمة الحديث بأسانيد كثيرة، وأنه قطعي الدلالة، لأن النبي (ﷺ) أمر الأعرابي بإعادة الصلاة ثلاث مرات، والزيادة على أحكام القرآن الكريم بالسنة المشهورة جائزة باتفاق جميع الفقهاء، لأن هذه الزيادة أيضاً من إحدى وظائف السنة، ولأن الله تعالى قال في حق الرسول (ﷺ): ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٢).

^١ النحل: ٤٤

^٢ النجم: ٤

٢- اختلفوا في اشتراط الطهارة لصحة طواف بيت الله الحرام كما يلي:

أ- قال الحنفية: إن الطهارة عن الحدث والجنابة والحيض والنفاس ليست بشروط لجواز الطواف وليست بفرض عندنا، بل هي واجبة (والواجب عندهم غير الفرض)^(١) فيجوز الطواف بدونها وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾^(٢). فهذا النص أمر بالطواف أمراً مطلقاً عن شرط الطهارة،^(٣) ولفظ الطواف اسم خاص موضوع لمعنى مخصوص يدل عليه دلالة قطعية وهو الدوران حول البيت، فإضافة شيء آخر إلى هذا المعنى زيادة توجب نسخه، ولا يجوز نسخ القرآن بحديث الآحاد، وهو قوله (ﷺ): ((إن الطواف صلاة إلا أن الله تعالى أباح فيه الكلام)).

بل هذا الحديث يُحمل على التشبيه ومعناه: الطواف كالصلاة في الثواب والفرضية، ورُشيت به وجوب الطهارة دون فرضها. وبناء على ذلك فإن طواف من غير طهارة لا يبطل طوافه، ولكنه ناقص، فعادام بمكة تهب عليه الإعادة، لأن الإعادة جبر بمنسه، وإن رجع إلى أهله فعليه الدم، فإن كان محدثاً فعليه شاة، وإن كان مجنباً فعليه بدنة، لأن الحدث يوجب نقصاً يسرها فتكفيه شاة لجبره، فأما الجنابة فإنها توجب نقصاً فاحشاً فتجب البدنة.

ووافق بعض الفقهاء الحنفية في قولهم بعدم كون الطهارة شرطاً لصحة الطواف بالبيت العتيق ومنهم الظاهرية، ولكنهم بالنسبة للحائض يتفقون مع الجمهور.^(٤)

^١ الواجب عندهم ما نصت بدليل وتركه لا يبطل العمل، أما الفرض فهو ما ثبت بدليل قطعي وتركه مبطل.

^٢ الحج: ٢٩

^٣ انظر البدائع للكاساني، المرجع السابق ١١٠٣/٣.

أصول البيهقي مع كشف الأسرار ٨٢/١.

أصول السرخسي ١٢٨/١.

مشكاة الأنوار، المرجع السابق ٢٠/١.

^٤ الهلبي (١٨/٧). وفيه: "والطواف بالبيت على غير طهارة جائز وللنفساء. ولا يجرم إلا على الحائض فقط، لأن الرسول (ﷺ) منع أم المؤمنين- إذ حاضت من الطواف بالبيت، فلو كانت الطهارة من شروط الطواف لبيته رسول الله (ﷺ) كما بين أمر الحائض، (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ)، (وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا) (مريم: ٦٤)

ب- قال جمهور فقهاء المسلمين: إن الطهارة شرط لصحة الطواف، فهو بدونها باطل استناداً إلى حديث الرسول (ﷺ) ((إن الطواف صلاة إلا أن الله تعالى أباح فيه الكلام)).^(١) وإن زيادة هذا الشرط لا يُعتبر نسخاً لحكم نصّ خاص في القرآن الكريم، وإنما هو بيان لمطلوبات هذا الحكم، والرسول (ﷺ) قد حوّل وكلف بهذا البيان في قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٢). وهو لا ينطق عن الهوى.

ومن قال باشتراط الطهارة لصحة الطواف: المالكية، والشافعية^(٣)، والحنبلية^(٤)، والجعفرية^(٥)، والزيدية^(٦).

والذي أميل إليه هو رأي الحنفية لعدم ثبوت دليل قطعي يدل على رأي الجمهور.

٣- اختلفوا في حكم النية والملااة والترتيب في الوضوء: هل هي من فروضه، وشروط لصحته أو لا؟ كما يلي:

أ- قال الحنفية: "إنها ليست بشروط لصحة الوضوء استناداً إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ...﴾"^(٧).

وجه الاستدلال: إن كلاً من لفظ (الغسل) و(المسح) في هذا النص موضوع لمعنى معين مخصوص يدل عليه دلالة قطعية، ففرضية الغسل في الغسولات والمسح في الممسوحات ثابتة بهذا النص الخاص، وإضافة أحكام أخرى إلى مدلوله كفرضية

^١ عمدة القارئ ٢٦٣/٩.

^٢ سورة النحل/ ٤٤

^٣ الشرح الصغير مع الصاوي (٢٥٦/١). وفيه: "وشرط صحة الطواف فرضاً أو نفلاً الطهارة طهارة الحدث وطهارة الحبث، وستر العورة كالصلاة في حق الذكر والأنثى".

^٤ الأنوار (٢٩١/١). وفيه: "ويكون طاهراً في ثياب طاهرة وذلك لأن الطهارة من الحدث والنجاسة، والستارة شرائط لصحة الطواف في المشهور (عن أحمد)".

^٥ الخلاف للطوسي (٤٤٧/١). وفيه: "من طاف من غير وضوء وعاد إلى بلده رجع وأعاد الطواف مع الإمكان، فإن لم يمكنه استناب من يطوف عنه".

^٦ البحر الزخار (٣٤٦/٢). وفيه: "وفروض الطواف تسعة: النية، والطهارة من الحدث، لقوله (ﷺ): ((الطواف بالبيت صلاة))."

^٧ المائدة: ٦

النية والموالة والترتيب والتسمية... تعتبر زيادة على حكم ثابت مطلق، والزيادة نسخ لهذا الحكم.

والقول بأن الوضوء الخالي من النية أو الترتيب أو الموالة باطل، وبالتالي إقرار بأن ما جاء في القرآن ناقص أكمله حديث الأحاد، وكل ذلك يستلزم اعتبار الحديث الذي أتى بهذه الزيادات نسخاً، كما يستلزم حظ درجة النص القرآني عن مرتبته أو رفع درجة خبر الواحد فوق مرتبته، واللازم باطل فكذا ذلك الملزوم.

غير أنهم اعتبروا النية والموالة والترتيب والتسمية من سنن الوضوء.^(١)

ب- وذهب جمهور فقهاء المسلمين من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والجعفرية^(٥) والزيدية^(٦) والظاهرية^(٧)، إلى خلاف رأي الحنفية، فقال كلهم: بأن

البدائع، المرجع السابق (١/٥١٢) وفيه: "وأما النية فليست من شرائط وكذلك الترتيب... وكذلك الموالة ليست بشرط عند عامة المشايخ، وعند مالك شرط". ولنا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ...﴾ (البقرة: ٦). الأمر بالغسل والمسح مطلق ولا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل (أي بدليل قطعي).

وراجع في هذا الموضوع أيضاً: أصول البيهقي مع الكشف (١/٨٣) وفيه: "ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ...﴾ الآية، فإنما الوضوء ومسح وهما لفظان خاصان لمعنى معلوم في أصل الوضع، فلا يكون شرط النية في ذلك عملاً به ولا بياناً له وهو بين لما وضع له، بل يجب أن يلحق به على الوصف الذي ذكرنا أي الحاق الفرع بالأصل بأن يكون واجباً أو سنة على حسب اقتضاء الدليل لا فرضاً). وبطل شرط الولاء والترتيب والتسمية كما ذكرنا".

^٢ بداية المجتهد (٦/٢)... الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (١/٤١) وفيه: "إن النية والموالة والدلك من فروض الوضوء، بخلاف الترتيب فإنه من سننه".

^٣ الأنوار (١/٣١، ٣٣) وفيه: "فروض الوضوء ستة: النية ويشترط في الإسلام، والفعل وإلا تحدث منه نية أخرى، وأن تكون بالقلب، وأن تكون مستمرة وأن تكون مقارنة.. والفرض السادس الترتيب ولو تركه عمداً أو لهماً بطل، إلا ما رتب فيه". ويبدو أن الموالة والتسمية عن الشافعية من سنن الوضوء.

^٤ (١/١٣٦) وفيه: "من فروض الطهارة والنية.. لما روى عن النبي (ﷺ): ((إنما الأعمال بالنيات)). وإن الترتيب في الوضوء على ما في الآية واجب عند أحمد".

^٥ كتاب الخلاف للطوسي (١/١٦) وفيه: "عندنا الموالة واجبة والترتيب واجب في الوضوء والأعضاء كلها. ويجب تقديم اليمين على اليسار".

النية فرض من فروض الوضوء، فهو لا يصح بدونها. وقال أكثرهم: بأن الموالاة والترتيب من فروضه أيضاً، وقال بعضهم باعتبار التسمية ضمن الفروض. وسندهم في ذلك أقوال وأفعال الرسول الكريم (ﷺ)، منها قوله (ﷺ): ((إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)). وهم لا يقرّون الأصل القائل بأن الزيادة على النص الخاص نسخ.

والواقع أن النية فرض في الوضوء لأنه من شروط صحة الصلاة، والصلاة تنظيم روحي وتحضير قلبي لتقوية الصلة بين العبد والمعبود، فإذا توجساً وهو غافل عن هذه الحقيقة، يُعتبر عمله باطلاً من أساسه.

٤- اختلفوا في ضمان السارق للمال المسروق: هل عقوبة القطع تستقط هذا الضمان ويبقى السارق مسؤولاً عن رد مثله أو قيمته عند الهلاك أو الاستهلاك؟ علماً بأن خلاف في وجوب رد المال المسروق إلى مالكه إن كان باقياً بعد القطع^(١)؛ أ- ذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن السارق لا يكون ضامناً للمال المسروق عن تلفه إذا نفذت عقوبة القطع، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ...﴾^(٢) وجه الاستدلال: أن لفظ (جزاء) اسم خاص يدل على معنى معين مخصوص دلالة قطعية وهو عقاب ما قام به السارق من ارتكاب الجناية وإتلاف المال المسروق. وكل إضافة إلى ذلك تصطدم مع هذا القطع ويكون نسخاً له. وجملة الكلام: أن للسرقة حكيمين: أحدهما يتعلق بالنفس (نفس السارق) والآخر يتعلق بالمال (المال المسروق):

^١ البحر الزخار (١/ ٥٥ - ٥٨) وفيه "وفروض الوضوء ثلاثة: الأولى النية، الثانية: التسمية، الثالثة: الترتيب".

^٢ الملهى (٧٣/٧) وفيه: "ولا يميز الوضوء إلا بنية الطهارة للصلاة فرضاً وتطوعاً، لأن الله لم يأمر بالوضوء إلا للصلاة".

^٣ يقول ابن قدامة في المغني (٢٧١/٨): "لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية".

^٤ المائدة: ٣٨

أما الذي يتعلق بالنفس فهو القطع لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...﴾، وهذا حكم متفق عليه.

أما ما يتعلق بالمال من حيث الضمان فقد اختلف فيه الفقهاء.. فقال الحنفية: الضمان والقطع لا يجتمعان في سرقة واحدة، فهلاك المسرورق أو استهلاكه على يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه، وتمسكوا بأصلهم القائل: "إن الزيادة على النص الخاص نسخ". بالإضافة إلى الاستدلال بالسنة والمقول.

أولاً: النص: تمسكوا بالنص الخاص في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ...الآية﴾ وجه الاستدلال من وجهين:

أحدهما: إن الله سمى القطع جزاء والجزاء يُبنى على الكفاية، لأنه اسم خاص موضوع لمعنى معلوم يدل عليه دلالة قطعية بيّنة واضحة لا إجمال فيه حتى يبين بالسنة. فلو ضمّ إليه ضمان المال المسرورق لدلّ ذلك على أن القطع لم يكن كافياً، فلم يكن جزاء والله تعالى منزّه عن الخلف في الحجب.

وثانيهما: إن الله جعل القطع كل الجزاء لأنه ذكره كاسم خاص دال على مدلوله دلالة قطعية ولم يذكر غيره، فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء والبعض الآخر هو الضمان، فيكون ذلك زيادة على الخاص ونسخاً لنص الكتاب العزيز.

ثانياً: السنة: قالوا إن هناك سنة نبوية أكّدت ما دل عليه النص الخاص في القرآن الكريم من أن القطع جزاء كامل لأصل الفعل الإجرامي وإتلاف المسرورق، وهو ما رواه عبدالرحمن بن عوف عن الرسول (ﷺ) من أنه قال: ((إذا قطع السارق فلا غرم عليه)).

ثالثاً: العقول: قالوا إن العقل السليم يؤيد ما أكّدنا عليه من أن القطع هو جزاء كامل لكل من السرقة وإتلاف المسرورق ذلك لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ (أي بأثر رجعي)، إذن بعد التفرير يعتبر السارق مالكاً للمال المسرورق اعتباراً من تأريخ تنفيذ السرقة وبذلك يكون عقاب السارق وقطعه في ملك نفسه وذلك غير جائز بالاتفاق.^(١)

أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٩١/١.

^١ انظر البدائع المرجع السابق ٤٢٦٩/٩.

أصول السرخسي ١٢٩/١.

وبناء على هذه التحقيقات الدقيقة وصلوا إلى نتيجة قائلة بأن القطع والتغريم لا يجتمعان، فإذا غرم قبل القطع سقط القطع، وإن قطع قبل التغريم سقط التغريم.

ووافق رأي الحنفية في هذا بعض الفقهاء مطلقاً كالشوري.^(١)

وفرق الإمام مالك بين السارق المعسر والمتمكن فقال: لا ضمان على المعسر، وأخذ بذلك أيضاً عطاء، وابن سيرين، والشعبي، ومكحول.^(٢)

ب- وقال جمهور فقهاء المسلمين من الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والجعفرية^(٥)، والظاهرية^(٦)، وغيرهم بوجوب الجمع بين القطع والضمان، لأن الضمان حق العبد والقطع حق الله، فإذا توفر سببهما يجب الحكم بهما.

وجملة الكلام: أن السارق حين يسرق يعتدي في وقت واحد على حقين حق الله (الحق العام)، وهو: استقرار وطمأنينة المجتمع في أموالهم وحياتهم. وحق العبد (الحق الخاص)، وهو الحق الشخصي للمسروق منه. فالجناية على حق الله عقابها هو القطع المبين في القرآن الكريم. والاعتداء على أموال الناس ضمانه مقرر وفق القواعد العامة الثابتة في الشريعة الإسلامية منها قول الرسول (ﷺ) ((لا ضرر ولا ضرار)). ونظير ذلك كثير في القضايا التي فيها اعتداءات: اعتداء على حق الله، واعتداء على حق العبد، وبالتالي يجب فيها عقابان كما في القتل الخطأ تجب فيه الكفارة حقاً لله، كما تجب فيه البدية (التعويض) حقاً للعبد (ورثة المجني عليه).

^١ البدائع، المرجع السابق ٤٢٦٩/٩ أصول البزدوي مع كشف الاسرار ٩١/١.

أصول السرخسي ١٣٠/١

^٢ المغني لأبن قدامة ٣٧١/٨.

^٣ المذهب (٢٨٤/٢). وفيه "إذا تلف المسروق في يد السارق، ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر، لأن الضمان يجب لحق آدمي، والقطع يجب لله تعالى، فلا يمنع أحدهما الآخر كالبدية والكفارة".

^٤ المغني لأبن قدامة (٢٧٠/٨). وفيه: "إذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها، سواء كان موسراً أو معسراً".

^٥ الخلاف للطوسي (٤٧٣/٢). وفيه: "إذا سرق عينا في مثلها قطعناه، فإن كانت العين باقية ردها بلا خلاف، وإن كانت تالفة غرم قيمتها".

^٦ المحلى ٣٣٩/١١

الترجيح:

إن الرأي الذي أرى ترجيحه هو ما ذهب إليه الإمام مالك ومن هذا حذو من التفريق بين السارق المتمكن وبين السارق المعسر (المعدم) بالجمع بين القطع والضمان بالنسبة للأول دون الثاني.

فهذا التفصيل وإن لم يعززه نص ظاهر خاص من القرآن أو السنة، إلا أنه أقرب إلى الأخذ بروح الشريعة الإسلامية السعواء.

أما بالنسبة للمتمكن، فلأن العقاب والضمان لم ينصبا على محل واحد، بل عقاب القطع يكون للنفس، والضمان يكون للمال المسروق.

وكذلك لم يكن سببهما واحداً، فسبب القطع هو هتك حرمة حق الله (الحق العام) من الإخلال براحة وأمن واستقرار وطمأنينة حياة المجتمع، فيعاقب على ذلك وفقاً لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...﴾^(١). وسبب الضمان هو التجاوز على حق خاص للعبد (المسروق منه) دون مبرر، فيحكم عليه بالضمان وفقاً للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية، منها قول الرسول العظيم (ﷺ): ((لا ضرر ولا ضرار)). إذن من الطبيعي أن يحكم القاضي بحكمين مستقلين أو بحكم واحد على السارق بكل من القطع والضمان. وهذا ما استقرت عليه قوانين جميع دول العالم في الوقت الحاضر، فكل من يرتكب جريمة يترتب عليها ضرر مادي يحكم على المجرم بالتعويض، بالإضافة إلى الحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة بناء على طلب المتضرر.

أما في حالة فقر السارق فإن سماحة الإسلام وعدالة السماء تقضي بإعفاء من التعويض والاكتفاء بالقطع.

ولكن أضيف إلى رأي الإمام مالك (رحمه الله) ما يكمله وهو أن العدالة التامة تتطلب في هذه الحالة تعويض المتضرر من خزينة الدولة.

هذا إذا لم يكن الفقر هو العامل الدافع إلى ارتكاب الجريمة، وإلا فإن الإحسان يقضي بإعفاء من القطع أيضاً، وفقاً لأمر الله العادل المحسن ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...﴾^(٢)

^١ المائدة: ٣٨

^٢ النحل: ٩٠

٥- اختلفوا في حكم نفي الزاني والزانية: هل هو جزء من الحد لولي الأمر (رئيس الدولة أو من يُخوِّله) السلطة التقديرية، فإن رآه مصلحة نفذ النفي وإلا تركه:

أ- قال الحنفية ومن وافقهم: إن الحد الكامل هو مائة جلدة بالنسبة لغير المتزوجين، وأن النفي ليس بجزء من هذا الحد وإنما هو عقاب تعزيري مستقل، للإمام السلطة في تنفيذه أو غرض النظر عنه، في ضوء ظروف القضية والمصلحة العامة.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(١).

وجه الاستدلال: إن لفظ (مائة) عدد خاص يدل على معنى معلوم دلالة قطعية لا يقبل النقص والزيادة، وبذلك يكون كل إضافة إلى هذا العقاب المحدد (مائة جلدة) نسخاً لحكم ثابت ثبوتاً قطعياً بالقرآن الكريم، فزيادة التغريب (النفي) الثابتة بحديث الآحاد إذا اعتبرت جزء من هذا الحد تكون نسخاً، ونسخ القرآن بالحديث الآحاد يستلزم إما حط درجة القرآن إلى مرتبة حديث الآحاد، أو رفع درجة حديث الآحاد إلى رتبة القرآن، وكلا الأمرين باطلان.^(٢)

فعلية يكون التغريب الوارد في الحديث النبوي عقوبة تعزيرية أمرها متروك لسلطة الإمام (رئيس الدولة).

ويؤيد رأي الحنفية ما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من أنه قال: (لا أغرب مسلماً بعد هذا أبداً)، حين غرّب (نفي) ربيعة بن أمية بن خلف إلى خيبر كعقوبة تعزيرية على تعاويه للمسكرات، فالتحق بهرقل وتنصر.^(٣) وما روي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) من أنه قال: (حسبهما من الفتنة أن ينفيا).^(٤)

ب- وقال أكثر فقهاء المسلمين: أن التغريب جزء من العقوبة يجب أن يُنفذ على كل من الزاني والزانية إلى جانب عقوبة الجلدة. ومن هؤلاء الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)

^١ النور: ٢

^٢ شرح فتح القدير ٢/٤٤٢. أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لأبن دقيق العيد ٤/٣٤٢.

^٣ المغني لأبن قدامة ٨/١٦٨.

^٤ المرجع السابق.

^٥ الأنوار (٢/٤٩٩). وفيه: "إن كان الزاني محصناً فحده الرجم، وإن كان غير محصن فحده الجلد والتغريب".

والظاهرية^(٢). ودليلهم حديث الرسول (ﷺ): ((خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة)).
ج- وقال الإمام مالك (رحمه الله)^٣ ومن تبعه من فقهاء، والجمعرية، والأوزاعي، أن التفريب يكون بالنسبة إلى الزاني دون الزانية حيث تخشى الفتنة من نفيها.

أنواع الخاص:

يتنوع الخاص إلى أربعة أنواع وهي:

- ١- الأمر: صيغة الأمر تعتبر من الخاص فهي عند الجمهور موضوعة لطلب الفعل على وجه الحتم والإلزام، وبذلك تفيد الوجوب وقد تفيد غير ذلك بالقرينة.
- ٢- النهي: صيغة النهي تعتبر من صيغ الخاص فهي موضوعة-عند الجمهور- لطلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام لذا تفيد التحريم والحظر، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.
- ٣- اللفظ المطلق يجب أن يعمل على إطلاقه وأن لا يقيّد ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.
- ٤- اللفظ المقيّد يجب مراعاة قيده عند العمل بالنص ولا يجوز إهماله ما لم يقم دليل على إلفائه.

هذه الأنواع الأربعة نتناولها بالتفصيل في المطالب التالية:

^١ المغني (١٦٩/٨)، وفيه: "ولنا قول رسول الله (ﷺ): ((البكر بالبكر جلد مائة وتفريب عام)) فيغرب الرجل حولا كاملاً، والمرأة إن خرج معها عزمها نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها عزمها نقل عن أحمد أنها تغرب إلى مسافة القصر كالرجل". وفيه أيضاً (١٦٧/٨): "وقال مالك والأوزاعي يغرب الرجل دون المرأة".

^٢ المحلى (٢٣٢/١١، ٢٣٣). وفيه: "قد صحّ عن رسول الله (ﷺ) قال: ((البكر بالبكر جلد مائة وتفريب عام))... ومن عجائب الدنيا أن يجعلوا الأربعين التي زادها عمر بن الخطاب في حد الخمر على سبيل التعزير حداً واجباً مفترضاً، ثم يأتون إلى حد افتراضه تعالى على لسان رسوله فيجعلونه تعزيراً".

^٣ الشرح الصغير مع الصاوي (٣٩٣/٢) وفيه ((وغرب الذكر فقط عاماً بعد المجلد مائة زيادة في عقوبته لاجل أن ينقطع عن أهله وولده ومعاشه... فإذا كان غريباً يجلد ويسجن دون الانثى ولو رضيت ورضى زوجها لما يخشى عليها من الزنا بسبب ذلك التفريب)).

المطلب الثاني

الاختلاف في مقتضى الأمر وأثره على الاختلاف في الأحكام

للاختلاف في تحديد مقتضى الأمر والنهي أثر كبير على الاختلاف في الأحكام الفقهية المستنبطة من أدلتها التفصيلية من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث تعددت أنظار المجتهدين من أئمة المسلمين في طبيعة طلب الفعل المقصود من صيغة الأمر: هل فعل المأمور به مطلوب من الشارع على وجه الحتم والإلزام بحيث يشاب فاعله، ويُعاقب تاركه، أو هو على وجه الأولوية فيُشَاب الفاعل ولا يُعاقب التارك، أو لمجرد التوجيه والإرشاد، أو لغير ذلك؟

وقل مثل ذلك بالنسبة للاختلاف في نوعية طلب الترك المقصود من صيغة النهي: أقصد الشارع ترك الفعل على وجه الحتم والإلزام بحيث يُعاقب فاعله ويشاب تاركه، أم على سبيل الأولوية فيُشَاب التارك ولا يُعاقب الفاعل، أم لمجرد الإرشاد والتوجيه، أم لغير ذلك؟ كما حصل الخلاف في أن الطلب لمرة واحدة، فتنتهي مسؤولية المكلف بالتنفيذ مرة واحدة، أو هو للتكرار فيلتزم المكلف بالاستمرار مع عدد المرات المطلوبة؟ كذلك اختلفوا في أن الطلب للفور فعلى المكلف القيام بالفعل المأمور به، والكف عن المنهى عنه فور علمه بالطلب ودخوله وقته، أو له الحق في التأخير، فأمامه مجال واسع للتنفيذ متى شاء. وحين سمحت به ظروفه؟

ثم إن خروج المكلف عن العهدة لا يمكن إلا بضبط ما تدل عليه الأوامر والنواهي حتى يكون على بينة من أمره في أداء المأمور به واجتناب المنهي عنه. ولزيادة الإيضاح نوزع دراسة هذه الخلافات بالنسبة للأمر على ثلاثة فروع:

الفرع الأول

الإختلاف في طبيعة الطلب المقصود من الأمر

عرّف الأمر بتعاريف كثيرة، أقربها للواقع هو تعريف البيضاوي بأنه: (القول الطالب للفعل)^(١) ومن نافلة القول أن نقول: إن كل آية من آيات القرآن الكريم، أو سنة من سنن الرسول (ﷺ) قلما تخلو من صيغة لا تدل على طلب موجه إلى الإنسان للقيام بفعل لما فيه مصلحة خاصة أو عامة أو كليتهما، أو للكف عن فعل فيه مضرة خاصة أو عامة أو كليتهما.

غير أن صيغ الأوامر والنواهي لم تأت على نمط واحد، بل اتبع القرآن الكريم-وكذلك الحديث الشريف- أساليب بلاغية رائعة وتفنن في صياغة النصوص منها:

١- صيغة الأمر المعروفة في اللغة العربية كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٢)، ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(٣)، ﴿اصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا﴾^(٤)، ﴿...كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ...﴾^(٥).

٢- صيغة الفعل المضارع المقتن بلام الأمر، كما في قوله تعالى: ﴿...فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ...﴾^(٦)، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...﴾^(٧)، ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ...﴾^(٨)، ﴿وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ...﴾^(٩).

^١ البيضاوي مع الأسنوي ٣/٢

^٢ الإسراء: ٣٤

^٣ المائدة: ٢

^٤ آل عمران: ٢٠٠

^٥ النساء: ١٣٥

^٦ البقرة: ١٨٥

^٧ البقرة: ٢٨٢

^٨ الطلاق: ٧

^٩ النساء: ١٠٢

٣- الجملة المحببة: كما في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾^(١).

٤- تعابير أخرى كثيرة مثل (كَتَبَ) في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ...﴾^(٢)، و(فَرَضَ) في قوله تعالى: ﴿...قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ...﴾^(٣)، و(عَلَى) في قوله تعالى: ﴿...وَكُلِّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...﴾^(٤). إلى غير ذلك من التعابير والأساليب الأخرى. وكقول الرسول (ﷺ): ((وَلَا تُنْكَحِ الْبَكَرَ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ))^(٥).

أوجه استعمال الأمر:

يُستعمل الأمر لمعان عديدة أهمها:

- ١- الإيجاب: كقوله تعالى: ﴿اقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ...﴾^(٦).
- ٢- الندب: كقوله تعالى: ﴿...فَاكْتَبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا...﴾^(٧). ﴿...وَاحْسِنُوا...﴾^(٨).
- ٣- الإباحة: كقوله تعالى: ﴿...وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا...﴾^(٩).
- ٤- الإرشاد: كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتَبُوهُ...﴾، ﴿...وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ...﴾^(١٠).

^١ البقرة: ٢٣٣

^٢ البقرة: ١٧٨

^٣ الأحزاب: ٥٠

^٤ آل عمران: ٩٧

^٥ متفق عليه. سبل السلام ١١٨/٣.

^٦ الإسراء: ٧٨

^٧ النور: ٣٣- فإنه للندب على الأصح، وعند داود الظاهري وجمع: أنه للوجوب.

^٨ البقرة: ١٩٥

^٩ المائدة: ٢

^{١٠} البقرة: ٢٨٢- هذا عند من يرى أنه للإرشاد، وقال البعض كالظاهرية أنه للوجوب، والضابط في الإرشاد إنه يرجع إلى مصالح الدنيا، بخلاف الندب فإنه يرجع إلى مصالح الآخرة، وأيضاً الإرشاد لا ثواب فيه. شرح الكوكب المنير ص ٣٢٢. والفرق بين الإرشاد والندب أن المصلحة في الإرشاد دنيوية وفي الندب أخروية.

- ٥- التهديد: كقوله تعالى: ﴿...اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١).
- ٦- الإمتنان: كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ...﴾^(٢).
- ٧- الإكرام: كقوله تعالى: ﴿...ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾^(٣).
- ٨- التكوين: كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾^(٤).
- ٩- التعجيز: كقوله تعالى: ﴿...فَاتُوا بِسُورَةٍ مِّنْ مِّثْلِهِ...﴾^(٥).
- ١٠- الدعاء: كقوله تعالى: ﴿وَبِنَا اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ وَلِلْمُؤْمِنِينَ يَوْمَ يَقُومُ الْحِسَابُ﴾^(٦).
- ١١- الإعتبار: كقوله تعالى: ﴿...انظُرُوا إِلَى ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ...﴾^(٧).
- ١٢- الإنذار: كقوله تعالى: ﴿...قُلْ تَمَتَّعْ بِكُفْرِكَ قَلِيلًا...﴾^(٨).
- ١٣- التسوية: كقوله تعالى: ﴿...فَاصْبِرُوا أَوْ لَّا تَصْبِرُوا...﴾^(٩).
- ١٤- التحقيق: كقوله تعالى: ﴿...أَلْقُوا مَا أَنْتُمْ مُلْقُونَ﴾^(١٠).
- ١٥- الإهانة: كقوله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾^(١١).
- ١٦- التعجب: كقوله تعالى: ﴿انْظُرْ كَيْفَ ضَرَبُوا لَكَ الْأَمْثَالَ﴾^(١٢).
- ١٧- التكذيب: كقوله تعالى: ﴿...قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^(١٣).

^١ فصلت: ٤٠

^٢ المائدة: ٨٨

^٣ النحل: ٣٢

^٤ النحل: ٤٠

^٥ البقرة: ٢٣- والصلة بينه وبين الوجوب التضاد، لأن التعجيز إما هو في المتنوعات، والإيجاب من الممكنات.

^٦ إبراهيم: ٤١

^٧ الأنعام: ٩٩

^٨ الزمر: ٨

^٩ الطور: ١٦

^{١٠} يونس: ٨٠ - في قصة موسى يُخاطب السحرة إذ أمرهم في مقابلة المعجزة حقيق.

^{١١} الدخان: ٤٩ - ومنهم من يسميه التهكم. وضابطه أن يؤتى بلفظ ظاهره الخبر والكرامة والمراد ضده.

^{١٢} الإسراء: ٤٨

^{١٣} آل عمران: ٩٣

- ١٨- المشورة: كقوله تعالى: ﴿... فَانظُرْ مَاذَا تَرَى...﴾^(٢).
- ١٩- التفويض: كقوله تعالى: ﴿...فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ...﴾^(٣).
- ٢٠- التلهيف أو التحسيس: كقوله تعالى: ﴿...قُلْ مُوتُوا بِغَيْظِكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ﴾^(٤).
- ٢١- التسخير: كقوله تعالى: ﴿...كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾^(٥).
- ٢٢- التعيير: كقوله تعالى: ﴿فَذَرَهُمْ يَخْوضُوا وَيَلْعَبُوا...﴾^(٦).
- ٢٣- الحبر: كقوله تعالى: ﴿فَلْيَضْحَكُوا قَلِيلًا وَلْيَبْكُوا كَثِيرًا...﴾^(٧).
- ٢٤- التأديب: كقول رسول الله ﷺ: ((كل مما يليك))^(٨).
- ٢٥- الالتماس: كقول شخص لمن يساره في المنزلة: إفعل كذا.
- والعلماء اختلفوا في تعداد هذه الأوجه قلة وكثرة، وسببه تداخل بعضها مع بعض واختلاف وجهة النظر في المعنى، ثم ان للقرينة دوراً كبيراً في اعتبار وجه الإستعمال^(٩).
- واتسع ميدان الإختلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهاء فيما يدل عليه الأمر حقيقة، إذ إن استعماله على أوجه متعددة -كما سبق- لا يعني أنه حقيقة في كل منها.

^١ البقرة: ١١١

^٢ الصافات: ١٠٢

^٣ طه: ٧٢

^٤ آل عمران: ١١٩

^٥ البقرة: ٦٥ والمراد بالتسخير هنا السخرية بالمخاطب لا بمعنى التكوين كما قال البعض.

^٦ الزخرف: ٨٣

^٧ التوبة: ٨٢

^٨ رواه الشيخان وغيرهما. وهو قوله ﷺ ((لعمري بن أبي سلمة في حال صغره: ((يا غلام.. سم الله وكل مما يليك)). متفق عليه.

^٩ راجع مسلم الثبوت ١/٣٠٠- مطبعة الحسينية المصرية فرج الله زكي الكردي. ارشاد الفحول للشوكاني ص ٩٣ فما بعدها.

الإحكام في أصول الأحكام للآمزي ١٣/٢.

المستصفى للغزالي ص ٢٩٣. مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة.

البيضاوي مع الأسنوي ١٢/٢ فما بعدها.

شرح الكوكب المنير ص ٣٢٠ فما بعدها.

فإذا ورد أمر من الأوامر في نص من الكتاب أو السنة، فهل يدل على الوجوب فتاركه عاص يستحق العقاب؟ أو للندب؟ أو للإباحة؟ أو لمعنى آخر من المعاني السابقة؟ لا خلاف في أن صيغة الأمر ليست حقيقة في جميع الوجوه السابقة، لأن خصوصية التسخير والتعجيز والتحقيق والتسوية وغيرها غير مستفادة من مجرد صيغة الأمر، بل إنما تفهم تلك من القرائن.^(١)

كذلك لا خلاف في أن صيغة الأمر تنصرف إلى ما تحدده القرينة المقتنة بها عند الإتفاق على هذه القرينة.

وإنما الخلاف في أمور خمسة هي: الوجوب، والندب، والإباحة، والتنزيه، والتحرير، وقيل فيها، وفي الإرشاد والتهديد.

وللعلماء في ذلك آراء مختلفة أهمها ما يلي:

١- حقيقة في الوجوب ولا يصرف إلى غيره إلا بقرينة، وهذا هو رأي الجمهور.

قال أبو بكر الجصاص من الحنفية: هو مذهب أصحابنا.^(٢)

وقال القرافي من المالكية: هو موضوع للوجوب عند مالك وعند أصحابه.^(٣)

وقال أبو إسحاق الشيرازي من الشافعية: إذا تجردت صيغة الأمر اقتضت الوجوب في قول أكثر أصحابنا.^(٤)

وقال المرداوي الحنبلي في كتابه التحرير: الأمر مجرداً عن قرينة حقيقة في الوجوب.^(٥)

وقال ابن حزم الظاهري^(٦): الذي يفهم من الأمر أن الأمر أراد أن يكون ما أمر به وألزم المأمور ذلك الأمر.

٢- حقيقة في الندب: ذهب إليه أبو هاشم وعامة المعتزلة وجماعة من الفقهاء.^(٧)

^١ انظر الحصول للرازي، تحقيق د. طه جابر، الطبعة الأولى، الجزء الأول، القسم الأول، ص ٦٢.

^٢ راجع أصول الفقه للجصاص. ف ٩٦-ب مخطوطة دار الكتب المصرية. أصول السرخسي ١٨/١.

^٣ انظر شرح تنقيح الفصول في اختصار الحصول في الأصول للإمام الكبير شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت-٦٨٤هـ) ط/١، ص ١٢٧.

^٤ انظر اللمع في أصول الفقه للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروز آبادي الشافعي (ت-٤٧٦هـ) ط ٣، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٧م، ص ٧.

^٥ انظر مختصر التحرير لإبراهيم الفتوح، الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ، ١٩٥٣م، مطبعة السنة المحمدية.

^٦ الإحكام في أصول الأحكام ٢٥٩/٣

^٧ البيضاوي مع البدخشي والأسنوي ١٨/٢

٣- وقيل حقيقة في الإباحة، لأنه المحقق، والأصل عدم الطلب. وهو قول بعض المالكية.^(١)

٤- وقيل مشترك لفظي بين الوجوب والندب. وقيل بين الوجوب والندب والإباحة.

٥- وقيل مشترك معنوي، أي حقيقة في القدر المشترك (الطلب) بين الوجوب والندب.^(٢) وهو قول الماتريدية من الحنفية.

٦- وقيل مشترك معنوي، أي حقيقة في الإذن (القدر المشترك) بين الوجوب والندب والإباحة.

٧- وقيل مشترك لفظي بين الثلاثة المذكورة والإرشاد والتهديد.

٨- وقيل مشترك بين الأحكام الخمسة.

٩- وذهب البعض كأبي بكر الأبهري من المالكية إلى أن أوامر الله تقتضي الوجوب وأوامر رسول الله تقتضي الندب.^(٣)

١٠- وذهب البعض إلى التوقف في تعيين مدلول الأمر حقيقة، لأنه عند الإطلاق محتمل لمعاني كثيرة، ولهذا الإحتمال يتوقف أصحاب هذا الرأي حتى يأتي البيان وهؤلاء فريقان:

أ- حكى عن ابن سريج من الشافعية، وعن الأشعري، وعن بعض الشيعة: الوقوف في تعيين المعنى المراد من الأمر عن الاستعمال، لأنه موضوع عند هؤلاء بالإشتراك للوجوب والندب والإباحة، فإذا ورد أمر كان محتملاً لهذه المعاني الثلاثة، ولا بد لتعيين المراد من البيان، فيتوقفون حتى يرد ذلك البيان.^(٤)

ب- أما الفزالي والقاضي الباقلاني والأشعري في رواية وجماعة من المحققين، فالتوقف عندهم في تعيين ما وضع له الأمر حقيقة. وقد صرح الفزالي بهذا المذهب في المستصفى واختاره.^(٥)

^١ الأسنوي ١٨/٢

^٢ قال ابن السبكي في الإبهاج (١٥/٢) هو رأي أبي منصور الماتريدي.

^٣ المغصول للرازي، المرجع السابق.

^٤ راجع مختصر المنتهى بشرح العضد وحاشية السعد ٧٠/٢. إرشاد الفحول ص ٩٤.

^٥ المستصفى للفزالي ص ٢٩٦.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على أن الأمر المجرد عن القرينة حقيقة في الوجوب بوجود منها:

١- إن الله ذم إبليس على ترك الأمر، فلم يكن الأمر المجرد حقيقة في الوجوب لما ذم إبليس على الترك، ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿قَالَ مَا مَنَّكَ إِلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ...﴾^(١). لأن (ما) في قوله: (ما منعك) استفهام انكاري.

٢- تارك الأمر مخالف له، وكل مخالف للأمر على شرف العذاب، فتارك الأمر على شرف العذاب لقوله تعالى: ﴿...فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢).

٣- تارك المأمور به عاص لقوله تعالى: ﴿قَالَ يَا هَارُونَ، مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوا إِلَّا تَتَّبِعَنِ، أَفَقَصَيْتَ أَمْرِي؟﴾^(٣). وكل عاص في النار لقوله تعالى: ﴿...وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا﴾^(٤). فتارك المأمور به إذن في النار، فالأمر حقيقة في الوجوب.

وترتب على الخلاف في هذا الأصل، الاختلاف في مسائل فرعية منها:

أ- اختلفوا في حكم رفع الصوت بالتلبية في الحج: ذهب الجمهور إلى أنه مستحب، وقال الظاهرية إنه واجب، وسبب الخلاف الاختلاف في مقتضى الأمر الوارد في قول الرسول (ﷺ): ((أتاني جبريل فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية والإهلال)).^(٥) فعمل الجمهور الأمر على الاستعجاب لما وصل إليه اجتهداهم، وحله الظاهرية على الوجوب لأنه حقيقة فيه.^(٦)

ب- اختلفوا في حكم متعة الطلاق على ثلاثة أقوال، ومنشأ خلافهم الاختلاف في مقتضى الأمر (وَمَتَّعُوهُنَّ) في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ

^١ الأعراف: ١٢

^٢ النور: ٦٣

^٣ طه: ٩٣-٩٢

^٤ الجن: ٢٣

^٥ رواد الخمسة وصححه الترمذي وابن حبان. سبل السلام ٢/٢٥٢.

^٦ انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبن رشد ١/٢٧٢.

مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ^(١).

* فعمل جماعة من أهل الظاهر الأمر على الوجوب والعموم، فقالوا: المتعة واجبة في كل مطلقة مطلقاً،^(٢) وهو رأي ابن عمر من الصحابة وسعيد بن المسيب ومجاهد من التابعين.

* وقال مالك والليث وابن أبي ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة، لأن قوله تعالى: ﴿حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ قرينة صرفت الأمر عن حقيقتها، لأن ما كان على سبيل الإحسان والتفضيل ليس بواجب، ولأنها لو كانت واجبة لم تقتصر بالمحسنين دون غيرهم.^(٣)

* وذهب آخرون إلى التفصيل، فقال الحنفية والحنابلة والشيعة الإمامية ومن وافقهم أن المتعة تهب على كل زوج لكل زوجة لم يفرض لها صداق مسمى إذا طلقت قبل الدخول، عملاً بمقتضى الأمر في قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ...الآية﴾.^(٤)

قالوا: يؤخذ من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾^(٥)، ومن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...الآية﴾^(٦)، أن لا متعة لها مع التسمية أو الطلاق بعد الدخول، وبذلك حمل الحنفية والحنابلة ومن وافقهم الأمر على الوجوب دون العموم، وبه أخذ الشافعي في القديم.

وقال في الجديد: تهب بعد الدخول مطلقاً لقوله تعالى: ﴿...فَتَصَالِيَنَّ أَمْتَفَكُنَّ وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾^(٧). إذ كان ذلك في نساء دخل بهن، فما تحصل عليه من

^١ البقرة: ٢٣٦

^٢ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٨٠/٢ - ٨١.

^٣ أحكام القرآن لأبن العريسي ٢١٦/١ فما بعدها. المغني لأبن قدامة ٧١٣/٦.

^٤ انظر الهداية مع البداية بشرح فتح القدير ٣٢٥/٣ - ٢٣٦.

المغني لأبن قدامة ٧١٥/٦. الخلاف للطوسي ٢٥/٢.

^٥ الأحزاب: ٤٩

^٦ البقرة: ٢٣٧

^٧ الأحزاب: ٢٨

المهر يكون مقابل الوطء، فتكون المتعة مقابل الإبتذال، هذا إذا وقعت الفرقة بالطلاق، فإن كانت بالموت أو بسبب منها لم تقب، لأن المتعة وجبت لما يلحقها من الإبتذال بالعقد وقلة رغبة الناس فيها بالطلاق.

وإن كانت بسبب منه كالردة واللعان، أو بسبب أجنبي كالرضاع، فعلمه حكم الطلاق.^(١)

ج- اختلفوا في حكم تسجيل عقد الدين والإشهاد عليه، وفي حكم الكتابة بالنسبة للكاتب، وفي حكم الإشهاد على عقد البيع:

ومنشأ الخلاف الإختلاف في مقتضى الأوامر الواردة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَئَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٢).

* فبالنسبة لتسجيل الدين والإشهاد عليه قال ابن حزم الظاهري ومن وافقه بعدم صحة عقد الدين ما لم يثبت في مستند كتابي وما لم يكن بحضور الشهود، لأن الأوامر الواردة بهذا الشأن في النص القرآني المذكور دالة على الوجوب ظاهراً ولا يعدل عن الظاهر إلا بدليل ولا دليل.

بينما ذهب الجمهور إلى أن مقتضاها هو النذب دون الوجوب، لأن المسلمين في كافة الأقطار الإسلامية كانوا يحرون تصرفاتهم المالية بأثمان مؤجلة من غير كتابة ولا اشهاد، وذلك إجماع على عدم الوجوب، ولأن في إيجابها التشديد والتعسير، ثم إن المداينات والمبايعات كانت تجري في عهد الصحابة والتابعين ولم يعرف عنهم

^١ راجع المذهب للشيرازي ٦٣/٢.

^٢ البقرة: ٢٨٢

الكتابة والإشهاد.

* وفي حكم كتابة الكاتب^(١)، قال الشعبي ومن وافقه: أنها فرض كفاية على الكاتب كالمجاهد وصلاة الجنازة.

وقال بعض فقهاء الكوفة: فرض عليه في حال فراغه.

وقال مجاهد وعطاء مندوب.

وقال الضحاك ومن وافقه الحكم منسوخ.

وقال ابن العربي^(٢) والصحيح أنه أمر ارشاد، فلا يكتب حتى يأخذ حقه.

* وفي الإشهاد على عقد البيع، ذهب داود الظاهري وابن حزم وأبو جعفر الطبري

إلى أن على المتعاقدين الإشهاد برجلين أو برجل وإمرأتين على بيعهما فمقتضى

الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ سواء كان على العقد قليلاً أم

لا، وهذا هو رأي أبي موسى الأشعري من الصحابة، والضحاك وعطاء وسعيد بن

المسيب وإبراهيم النخعي من التابعين، حتى قال إبراهيم: اشهد إذا بعث وإذا

اشتريت ولو دستجة بقل (حزمة بقل).^(٣) وذهب الجمهور إلى أن مقتضى الأمر

هنا النذب أو الإرشاد بقرينة ما ورد عن النبي ﷺ من بيع ورهن دون

أشهاد، ولفعل الصحابة والتابعين، ولوجود الحرج والمشقة مما تأباه الشريعة

الإسلامية.

وقال فريق: أنه كان للوجوب ولكن نسخ بقوله تعالى: ﴿...فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِغُضٍّ

فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ...﴾^(٤). على أن الطبري رد على هؤلاء فقال إن هذا حكم

من لم يجد كاتباً، إذ قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ

مَقْبُوضَةٌ...الآية﴾^(٥). ولو جاز أن يكون هذا ناسخاً للأول لجاز أن تكون آية التيمم

ناسخة لآية الوضوء.^(٦)

ورجع ابن العربي قول الجمهور بفعل الرسول ﷺ فقال: اختلفوا في قوله تعالى:

^١ راجع أحكام القرآن لأبن العربي ٢٤٨/١.

^٢ هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن أحمد المعروف بابن العربي، وهو مالكي (ت-٥٤٣هـ).

^٣ انظر المغلى لأبن حزم ٣٤٤/٨.

^٤ البقرة: ٢٨٣

^٥ البقرة: ٢٨٣

^٦ انظر تفسير الطبري ٨٤/٦، تفسير القرطبي ٤٠٤/٣. المغلى ٣٤٤/٨.

﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾^(١) على قولين، أحدهما أنه فرض، قاله الضحاك، والثاني أنه ندب، قاله الكافة وهو الصحيح، وقد باع (ﷺ) ولم يشهد واشترى ورهن درعه عند يهودي ولم يشهد، ولو كان الإشهاد أمراً واجباً لوجب مع الرهن لحوف المنازعة.^(٢)

الترجيح:

ويبدو لي أن الراجع في مسألة المتعة هو قول الشافعي (رحمه الله)، لأنه أقوى تعليلاً وأعدل حكماً، ويُعارض قول مالك ومن معه بأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً، وبأن قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ يؤكد الوجوب لأن الحق تنصيص في الوجوب، ولأن أداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما. ويدفع رأي أبي حنيفة ومن وافقه بأنه حيث لم يجب لها الصداق أقيمت المتعة مقامه.

وفي مسألة تسجيل الدين والإشهاد عليه، وكذلك الإشهاد على العقد، الراجع في نظري هو قول الظاهرية ومن وافقهم، فيجب تسجيل الدين والإشهاد عليها وتثبتت العقود التي عليها المقارات والمنقولات النفيسة، لأسباب منها:

١- الأوامر الواردة في القرآن الكريم بهذا الشأن ظاهرة في ذلك ولا تصرف عن ظاهرها إلاً بدليل، وعمل بعض الناس بخلافها لا يعتبر دليلاً، ودعوى الإجماع ممنوعة.

٢- روي عن الرسول التسجيل ونسخة كتابه: ((بسم الله الرحمن الرحيم، هَذَا مَا اشْتَرَى الْعَدَاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْدَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ)، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا أَوْ أَمَةً، لَا دَاءَ، وَلَا غَائِلَةَ، وَلَا خَبْثَةَ، بَيْعَ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ)).^(٣)

٣- الحياة التجارية تطورت، فلا تُقاس المعاملات المالية المعقدة في عصرنا بالمعاملات البسيطة التي كانت تجري بين الناس سابقاً، إلى جانب أن النفوس قد تضيرت، وأن الوازع الديني قد ضَعُفَ، وأن الأمانة قلت والثقة ضاعت.

٤- في الأخذ برأي الظاهرية ومن وافقهم سد لباب ضياع حقوق الناس وفي العمل برأي الجمهور فتح لباب الخلافات والمصومات، أما بالنسبة لعمل الكاتب فالراجع هو رأي ابن العربي من أن له ألا يكتب حتى يأخذ حقه لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ﴾.

^١ البقرة: ٢٨٢

^٢ أحكام القرآن لابن العربي ٢٥٩/١

^٣ ابن ماجه ٧٥٦.

الفرع الثاني

الاختلاف في اقتضاء الأمر للمرة أو التكرار

لا خلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهائ في أن المرة ضرورية من حيث أن الماهية لا وجود لها في الخارج، إلا ضمن أفرادها، لا من حيث أنها مدلولة.

وكذلك لا خلاف في أن الأمر المقيّد بالمرة أو التكرار يُحمل على ما قيّد به.^(١)

وإنما الخلاف في دلالة الأمر على ما زاد على القدر الذي تتحقق به الماهية، إذا لم يقيّد بما يدل على التكرار أو المرة. وقد اختلفوا في ذلك على آراء أهمها أربعة وهي:

١- ذهب الجمهور إلى أن الأمر يدل على طلب تفصيل الماهية من غير اشعار بمرة أو تكرار. وهذا ما اختاره إمام الحرمين والرازي^(٢) والبیضاوي^(٣) وابن الحاجب^(٤) والآمدي^(٥) والحلي^(٦)، واستدلوا على رأيهم بأدلة منها:

أ- لو كان مفيداً لأحدهما للزم من تقييده بذلك المعنى التكرار وبغية النقص، واللازم باطل لأن التقييد لا يؤدي إلى أحد الأمرين، وكذلك الملزوم، لأن بطلان اللازم المساوي أو الأخص يستلزم بطلان ملزومه.^(٧)

ب- ورد شرعاً تارة للتكرار كالأمر في آية الصلاة وأخرى للمرة كالأمر في آية الحج، فيكون حقيقة في القدر المشترك بينهما وهو طلب الإتيان بالمأمور به حذراً من الإشتراك اللفظي والمجاز اللزمين من جعله موضوعاً لكل منهما أو لأحدهما فقط لكونهما خلاف الأصل، وحينئذ لا يفيد شيئاً منهما وضعاً ولا يُنافيه.^(٨)

٢- إن الأمر يفيد التكرار المستوجب لجميع العمر مع الإمكان، إذا لم يقتض بما يدل على

^١ راجع القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٧١.

^٢ المحصول المرجع السابق ص ١٦٢.

^٣ الأسنوي مع البدخشي ٣٧/٢ .

^٤ مختصر المنتهى مع العوض والسعد ٨٠/٢ .

^٥ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٢/٢ .

^٦ مبادئ الوصول إلى علم الأصول. ص ٩٤ .

^٧ البدخشي مع الأسنوي ٤٣/٢ - ٤٤ .

^٨ المحصول للرازي، المرجع السابق.

خلاف ذلك. قال ابن الحاجب^(١): هذا اختيار الأستاذ أبي اسحاق. وقال ابن اللعام^(٢): هو مذهب الإمام أحمد وأصحابه، وراي أبي اسحق الأسفراييني، لكن بحسب الطاقة والإمكان، وقال به أبو حاتم القزويني، وعبدالقادر البغدادي أيضاً. وأستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة منها:

أ- الإجماع السكوتي: وذلك لأن أهل الردة لما منعوا الزكاة تمسك أبو بكر (ع) في وجوب تكرارها بقوله تعالى: ﴿...وَأَتُوا الزَّكَاةَ...﴾ ولم يُنكر عليه أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على التكرار.^(٣)

ب- لو لم يكن الأمر للتكرار لما ورد عليه النسخ لعدم بقائه بعد فعل المأمور به مرة^(٤)، لأن وروده بعد فعلها محال، حيث لا تكليف وقبله بداء (ظهور المصلحة بعد خفائها أو بالعكس) وهذا على الله محال، لكن ورود النسخ جائز، فدل على أنه للتكرار.

٣- إن الأمر يفيد المرة ولا يوجب التكرار ولا يحتمله، إلا إذا عُلّق بشرط كقوله تعالى: ﴿...وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا...﴾. قال امام الحرمين: هذا القول منقول عن بعض مشايخ الحنفية وهو قول بعض الشافعية.^(٥) وأستدل أصحاب هذا الرأي إلى أدلة منها:

أ- امتثال الأمر لا يتحقق بأقل من مرة، فيكون دالاً عليها.

ب- إذا قال قائل تصدق خالد أو يتصدق، لم يتضمن القول إدامة التصديق، بل يشعر بالفعل مرة واحدة، فليكن صيغة الأمر كذلك.

وبعد هذا العرض أود أن أبدي الملاحظات التالية:

١- إن منشأ خلاف الجميع هو أن الشارع استعمل الأمر للمرة كما في الحج، وللتكرار كما في الصلاة والزكاة والصيام والجهاد.

٢- إن جميع الأدلة التي استدل بها أصحاب الآراء الأربعة قابلة للنقد والنقاش، كما هو مبين في كتب الأصول.

٣- قلما نجد في نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية أمراً مطلقاً مجرداً عن القرينة

^١ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ٨٢/٢ .

^٢ القواعد والفوائد الأصولية ص ١٧١ .

^٣ صفوة البيان شرح منهاج البيضاوي ١٤/٢ .

^٤ المرجع السابق.

^٥ البرهان مخطوطة المكتبة المركزية - بغداد.

الدالة على التكرار، كما في الصلاة والصيام أو على المرة كما في الحج مثلاً، لأن كلاً من التكرار والمرة يُعرف من طبيعة الفعل وملابساته، لذا نرى أن المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في هذه القاعدة الأصولية قليلة جداً، إذا قارناها مع المسائل الخلافية المترتبة على الاختلاف في القواعد الأصولية الأخرى.

٤- القول المختار في نظري هو أن الأمر المطلق المجرد عن القرينة لمطلق الطلب، إذ يُحدد المراد منه من المرة أو التكرار، وفق الدلالات اللغوية للألفاظ العربية التي نزل بها القرآن الكريم وورد بها سنة الرسول (ﷺ).

من المسائل الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في هذا الأصل ما يلي:

- ١- اختلف الفقهاء في جواز عدة فرائض من الصلاة بتيمم واحد:
 - ذهب الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) والشيعة الإمامية^(٣) والظاهرية^(٤) على أن المتيمم يصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل.
 - ذهب المالكية^(٥) والشافعية^(٦) ومن وافقهم إلى أنه لا يجوز أن يصلي به أكثر من فريضة واحدة، وعليه أن يتيمم لكل فرض ولكن يصلي به ما يشاء من النوافل، إلا إن المالكية ذهبوا إلى أنه إن صليت النوافل قبل الفرائض لا يصح الفرض.
 - وسبب الخلاف كما يبدو هو الاختلاف في أن الأمر بالتيمم هل هو للمرة أو للتكرار؟ فمن قال إنه للتكرار يرى تكرار التيمم بتكرار الصلاة، ومن قال إنه للمرة ذهب إلى أنه يصلي به ما يشاء من الفرض والنفل.
 - قال الزنجاني-من علماء الشافعية-: "ذهب الشافعي إلى أن مطلق الأمر يقتضي التكرار وإليه ذهب طائفة من العلماء. وذهب الحنفية إلى أنه لا يقتضي التكرار ويتفرع عن هذا الأصل مسائل منها أنه لا يجمع بين فريضتين بتيمم واحد عند الشافعي"^(٧).

^١ انظر الفتح القدير ١/١٣٧.

^٢ نيل المآرب ١/٢٧.

^٣ الخلاف للطوسي ١/٣٧.

^٤ الإحكام في أصول الأحكام لأبن حزم ٣/٣٦٧ فما بعدها.

^٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة الدردير ١/١٤٧.

^٦ المهذب للشيرازي ١/٣٦.

^٧ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢.

هذا ما قاله الزنجاني، غير أنه ليس في رسالة الإمام الشافعي ولا في كتب الأصول عند الشافعية نص يدل على أن الأمر عند الشافعي يقتضي التكرار، بل المحرر في كتب الشافعية عدة أقوال، فالمقدم منها أنه لا يفيد التكرار ولا المرة.^(١) وإذا حكم بالتكرار في مسألة فذلك لقرينة أفادت هذا التكرار، ولعل المنقول عن الشافعي في أفادته التكرار محمول على ذلك.

وقال التلمساني-من فقهاء المالكية-: وبني ابن خزيمة مندان من أصحابها على هذا الأصل مسألة التيمم، هل يجب لكل صلاة أو جزء التيمم الواحد ما لم يحدث؟ فمن قال يجب لكل صلاة يرى أن قوله تعالى: ﴿...فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً...﴾ أمر يدل على التكرار، ويقول إنما أجزأ الوضوء للصلوات الكثيرة بدليل السنة.^(٢)

ويرى ابن حزم أن التيمم مثل الوضوء، فلا يجب إلا بعد الحدث، وإن ذلك يفهم من نفس النص، حيث قال: قال على وقد تعلق بالتكرار من قال بإيجاب التيمم لكل صلاة، قال أبو محمد: وهذا خطأ لأن نص الآية لا يستوجب التيمم إلا على من أحدث.. ثم يقول: أما تكرار التيمم فنص الآية يبطله.^(٣)

٢- اختلاف الفقهاء في حق المرأة المفوضة بالطلاق وكذا في حق الوكيل به:

الطلاق طلبة واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً.. فمن قال إن الأمر لا يقتضي التكرار يرى أنه ليس للمفوضة بالطلاق ولا للوكيل إلا طلبة واحدة.

قال الشافعي في أصوله: "الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، ولهذا قلنا لو قال طلق إمراة فطلقها الوكيل، ثم تزوجها الموكل-أي ثانياً- ليس للوكيل أن يطلقها بالأمر الأول ثانياً. ولو قال زوجني امرأة، لا يتناول هذا تزويجاً مرة بعد أخرى".^(٤)

وقال الأسنوي: فمن فروع المسألة: إذا قال لوكيله: بيع هذا العبد فباعه، فردَّ عليه بالعيب، أو قال له: بيع بشرط الخيار، ففسخ المشتري، فليس له بيعه ثانياً.^(٥)

^١ انظر الأسنوي مع البدخشي ٤١/٢. حاشية البناني على جمع الجوامع ٣٧٩/١.

^٢ راجع مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ٣٦... والسنة هي أن النبي (ﷺ) صلى يوم الفتح الصلوات الخمس بوضوء واحد.

^٣ الأحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق.

^٤ أصول الشافعي ص ٣٥ فما بعدها.

^٥ التمهيد في تفرج الفروع للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالرحيم بن الحسن الأسنوي (ت-٧٧٢)، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، ص ٢٨٣.

الفرع الثالث

الاختلاف في اقتضاء الأمر للفور أو التراخي

اقتضاء الأمر للفور يعني: أن على المكلف المبادرة بالامتثال دون تأخير عند سماع الأمر وعدم المانع، فإن تأخر دون عذر كان مؤاخذاً. واقتضاه للتراخي يعني عدم وجوب مبادأة المكلف لأداء المكلف به فوراً، بل به أن يؤخره إلى وقت آخر، إذا ظن القدرة على أدائه في ذلك الوقت.

لا خلاف بين القائلين بأن الأمر يقتضي التكرار في أنه يقتضي الفور أيضاً، ضرورة، إن التكرار يستلزم استغراق الأوقات بالفعل المأمور به مرة بعد أخرى، فلا بد من المبادرة واحتجوا بنفس الأدلة التي احتجوا بها على التكرار. غير أن هذا الأصل ليس محل الاتفاق أيضاً، بل اختلفت أنظار العلماء فيه على خمسة أقوال:

١- إن الأمر المطلق يفيد طلب الفعل فقط ولا يفيد الفور ولا التراخي، وهذا هو المختار عند جمهور الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والشيعة الإمامية^(٣)، واستدلوا بأدلة منها:

أ- لو كان الأمر المطلق مفيداً للفور بخصوصه أو التراخي بخصوصه، لكان تقييده بواحد منهما نقضاً أو تكراراً، لكنه ليس كذلك، فلم يكن مفيداً لواحد منهما بخصوصه، بل هو للقدر المشترك.

ب- ورد استعماله في الفور كالأمر بالإيمان في قوله تعالى: ﴿فَآمِنُوا بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ...﴾^(٤). وفي التراخي في قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا الْحَقَّ وَالْعُمَرَ لِلَّهِ...﴾^(٥). والأصل في الاستعمال الحقيقية، فتعين أن يكون مشتركاً معنوياً موضوعاً للقدر المشترك حذراً من المشترك اللفظي والمجاز.

٢- إن الأمر يفيد الفور، أي: الإتيان بالفعل المأمور به في أول زمن يمكنه الإتيان به، بحيث إذا تأخر المكلف عنه يكون آثماً. وهذا هو المعروف عن مالك، والحنابلة،

^١ مشكاة الأنوار في أصول المنار ٣٧/١. وما قاله الرازي في الحصول، المرجع السابق، ص ١٨٩. من أنه يفيد الفور عند الحنفية ليس صحيحاً على إطلاقه.

^٢ الأسنوي مع البدخشي، ٥٥/٢.

^٣ مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي، ص ٩٦.

^٤ آل عمران: ١٧٩

^٥ البقرة: ١٩٦

والكرخي من الحنفية، والظاهرية. قال القرافي: "وهو عند مالك للفور وعند الحنفية، خلافاً لأصحابها المغاربة والشافعية"^(١). وقال صاحب المسودة الحنبلي: "إذا لم يرد بالأمر التكرار، إما لدليل وإما بإطلاقه عند من يقول بذلك، فهو على الفور عند أصحابنا"^(٢). وقال الأمدى: "ذهب الحنفية والمناطقة وكل من قال يجعل الأمر للتكرار إلى وجوب التعجيل"^(٣). وقال البيضاوي: "الأمر المطلق لا يفيد الفور خلافاً للحنفية"^(٤). والقول بالفور رأي الظاهرية أيضاً.^(٥)

والواقع إن نسبة القول بالفور إلى الحنفية على إطلاقها خطأ، لأن من قال بالفور من الحنفية هو الكرخي فقط. قال السرخسي: "وكان أبو الحسن الكرخي يقول مطلق الأمر يوجب الأداء على الفور"^(٦).

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة، منها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ...﴾ الآية^(٧). وجه الاستدلال هنا هو أن المسارعة هي المبادرة بالفعل والتعجيل به في أول زمن ممكن، والمغفرة لا يمكن حملها على حقيقتها، لأنها فعل الله، فيستحيل مسارعة العبد إليها، فيراد بها أسبابها مجازاً، إطلاقاً لإسم المسبب على السبب والقرينة هي الإستحالة. وثابت أن الأمر للوجوب، بذلك تكون المبادرة إلى فعل المأمورات واجبة ولا معنى للفور إلا هذا.

ب- لو لم يكن الأمر للفور لكان التأخير جائزاً، لكنه غير جائز، فيكون للفور.

٣- إنه يفيد التراخي. ويلاحظ أن مقتضى هذا القول ظاهراً هو إن الإمتثال على الفور لا يُعتد به ولم يقل بذلك أحد، ولعل المراد أنه يُفیده جوازاً كما قيده بذلك الأسنوي.^(٨)

^١ شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ١٢٨ فما بعدها. التلمساني ص ٣٥.

^٢ المسودة في أصول الفقه الحنبلي ص ٢٤، مختصر التحرير ص ٣٢٩،

^٣ الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ٣٠/٢.

^٤ البيضاوي مع الأسنوي والبدخشي ٤٤/٢.

^٥ الأحكام في أصول الأحكام لأبن حزم ٢٩٥/٣.

^٦ أصول السرخسي ٢٦/١.

^٧ آل عمران: ١٣٣

^٨ الأسنوي مع البدخشي ٤٧/٢.

جاء في المسودة: "واختار ابن الباقلاني أنه على التراخي، وحكاه ابن عقيل رواية عن أحمد، ومن اختاره من الشافعية أبو علي بن أبي هريرة وأبو علي الطبري وأبو بكر الدقاق".^(١) وقيل أبو بكر القفال بدل الدقاق.

ولم أظفر بأدلة هؤلاء على هذا الرأي، ولكن وجدته رأياً انتقده كبار العلماء. قال الأستاذ أبو اسحاق الأسفراييني. والتعبير بكونه يفيد التراخي غلط.^(٢) وقال امام الحرمين في البرهان: "إنه لفظ مدخول، فإن مقتضى إفادة التراخي أنه لو فرض الإمتثال على الفور لم يعتد به وليس هذا معتقد أحد."^(٣)

٤- إنه مشترك بين الفور والتراخي ولا يفيد واحداً منهما بخصوصه، حتى تقوم قرينة وإلى هذا ذهب الواقفية.^(٤) واستدلوا على ذلك بأن الأمر مستعمل في الفور والتراخي وكل ما هو كذلك فهو مشترك لفظي.^(٥)

٥- التوقف وهو ما ذهب إليه الجويني، حيث توقف في أنه باعتبار اللغة للفور أو التراخي، قال فيتمثل المأمور بكل من الفور والتراخي لعدم رجحان أحدهما على الآخر مع التوقف في إثمه بالتراخي لا بالفور لعدم احتمال وجوب التراخي.^(٦) واستدل الجويني على ما ذهب إليه من الوقف بأن الطلب متحقق والشك في جواز التأخير، فوجب الفور ليخرج عن العهدة بيقين. ويلاحظ على هذا الاستدلال بأنه لا يتلائم مع القول بالتوقف.

ومرد هذه الخلافات في هذا الأصل هو ورود الأمر تارة مستعملاً في الفور كالأمر بالإيمان، وتارة مستعملاً في التراخي كالأمر بالحج. والراجع من وجهة نظري هو أن الأمر للفور في أول أوقات الإمكان للفعل المأمور به، لأنه هو المفهوم منه لغةً وعرفاً.

^١ المسودة ص ٢٦

^٢ القواعد لابن اللحام ص ١٧٩.

^٣ مخطوطة المكتبة المركزية - بغداد.

^٤ راجع الأسنوي، المرجع السابق ٤٧/٢.

^٥ راجع أصول الفقه للأستاذ محمد أبي النور ١٦٣/٢ فما بعدها.

^٦ البرهان مخطوطة المكتبة المركزية. ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٠٠.

ومن التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن هذا الخلاف ما يلي:

- ١- اختلف الفقهاء في أن الحج إذا توافرت شروطه هو على الفور أو على التراخي؟ ذهب المالكية على أرجح القولين^(١) والحنابلة^(٢) وأبو يوسف من الحنفية: إلى أن الحج فرض على الفور بالنسبة لكل شخص تتوفر فيه شروط الفرض ولا يجوز التأخير إلا بعذر. قال صاحب الهداية: وعن أبي حنيفة ما يدل عليه^(٣).
- وذهب الشافعية، والمالكية على القول المرجوح، ومحمد بن حسن الشيباني من الحنفية، وأبو حنيفة في رواية عنه ومن تابعهم إلى أنه: واجب على التراخي ويستحب أن يقدمه. وسبب الخلاف: إن من قال الأمر في قوله تعالى: ﴿وَاتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ...﴾^(٤) للفور، قال إن الحج فرض فوراً على كل من تتوفر فيه الشروط.
- ومن قال إنه للتراخي قال: إن فعل الرسول (ﷺ) قرينة على أن الأمر بالحج ليس للفور، لأنه فرض في السنة الثانية وحج الرسول في السنة العاشرة ومعه أصحابه. ولو كان الفورية مقتضى الأمر بالحج لما وقع هذا التأخير لغير عذر^(٥).
- ويلاحظ أن هذا التعليل يخرج الموضوع من محل النزاع، لأن الخلاف إنما هو في الأمر المجرد عن قرينة تعدد الفور أو التراخي.
- وترتب على هذا الخلاف الإختلاف في قضاء الحج من تركه المتوفى، فذهب الحنابلة إلى أن القضاء واجب ويخرج من جميع ماله ما يحج به عنه، وبهذا أخذ الشافعية إذا مات بعد الوجوب والتمكن من الأداء^(٦)، وهو قول الشيعة الإمامية أيضاً. قال الطوسي: "من استقر عليه وجوب الحج فلم يفعل ومات وجب أن يحج عنه من صلب ماله مثل الدين ولم يسقط بوفاته هذا إذا خلف مالا، فإذا لم يخلف فولّيه بالخيار في القضاء عنه"^(٧).

^١ بلغه السالك، ٢٤٣/١. مفتاح الوصول في علم الأصول للتلمساني، ص ٣٥.

^٢ نيل المآرب في الفقه الحنبلي ١٠٣/١.

^٣ الهداية مع العناية بشرح فتح القدير ٤١٢/٢.

^٤ البقرة: ١٩٦.

^٥ انظر حاشية الرملي على المنهاج ٢٢٩/٣.

^٦ انظر سبيل السلام ١٨١/٢.. المذهب للشيرازي ١٩٩/١.

^٧ راجع الخلاف للطوسي ٤١٥/٢.

وذهب الحنفية والمالكية: إلى أن القضاء واجب إن أوصى به ومخرج من الوصية لا من جميع ماله، وإذا لم يوص به فلا وجوب لأنه عبادة بدنية لا تقبل النيابة. وبالنسبة لما قبل الموت يترتب على الخلاف الإثم، قال صاحب العناية ثمرة الخلاف لا تظهر إلا في الإثم خاصة.

ب- اختلف الفقهاء في وجوب أداء الدين على الفور إذا لم يحدد بأجل ولم تقع المطالبة من الدائن:

ففرق منهم يرى أنه يجب أدائه على الفور، وفرق يرى خلاف ذلك، ومنشأ الخلاف الإختلاف في مقتضى الأمر في قوله تعالى: ﴿...أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾^(١). لأن المداينة عقد من العقود، فمن قال بأنه للفور ذهب إلى وجوب أداء الدين فوراً، ومن قال إنه للتأخي قال يجوز تأخيره.

وثمره الخلاف أن الأمر إذا كان للفور ياثم المدين بالتأخير.

قال ابن اللعالم من الحنابلة: "من المسائل المتفرعة عن قاعدة الأمر المطلق يقتضي الفور أم لا، أداء ديون الأدميين عند المطالبة فإنه واجب على الفور جزم به الأصحاب، ويدون المطالبة هل يجب على الفور أم لا؟ في المسألة وجهان أحدهما: ما قاله أبو المعالي والسامري وغيرهما - وهو المذهب - أنه لا يجب... والثاني ما قاله القاضي في الجامع والشيخ أبو محمد في المغني في قسَم الزوجات أنه يجب على الفور"^(٢).

ويبدو أن قول ابن اللعالم - وهو المذهب - يتعارض مع أصول الحنابلة من أن الأمر المجرد عن القرينة للفور.

ج- اختلف الفقهاء في وجوب المبادرة إلى أداء الزكاة وفي ضمانها إذا تلف المال بعد الوجوب وقبل الإخراج:

فذهب الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والإمام مالك في أصل المذهب^(٥) وبعض

^١ المائدة: ١

^٢ راجع قواعد ابن اللعالم ص ١٨٢.

^٣ المذهب للشمساذي ٤٠/١.

^٤ المغني لأبن قدامة ٦٨٤/٢. نيل المآرب ٨٥/١. قواعد ابن اللعالم ص ١٨٠-٢٢٠.

^٥ الشرح الصغير مع بلغة المسالك ٢٢٠/١.

الحنفية^(١) إلى أن من وجبت عليه الزكاة وقدر على اخراجها لم يميز له تأخيرها، لأنه حق يجب صرفه إلى مستحقه فوجهت المطالبة بالدفع إليه فوراً، فإن أخرها وهو قادر على أدائها، ضَمِنَهَا، لأنه آخر ما وجب عليه مع إمكان الأداء، فضمنه كالوديعة. وذهب بعض الحنفية ومن وافقهم إلى أنها واجبة على التراخي إلا إذا خاف هلاكها، فيجب عليه عندئذ على الفور.^(٢) قال السرخسي: "وفي الزكاة وصدة الفطر والعشر المذهب معلوم في أنه لا يصير مفرطاً بتأخير الأداء، وله أن يبعث بها إلى الفقراء من أقاربه في بلدة أخرى".^(٣) وقال التلمساني: "وكذلك اختلفوا إذا هلك النصاب بعد الحول والتمكن من الأداء هل يضمن الزكاة أو تسقط عنه؟ فالشافعي يرى أنه يضمن لأن الأمر بالزكاة عنده على الفور فهو عاصٍ بالتأخير. والحنفي يرى أنه لا يضمن لأن الأمر بالزكاة عنده ليس على الفور، فهو غير عاصٍ بالتأخير".^(٤)

ويلاحظ أن من قال من الحنفية بوجوب أدائها فوراً اختلفوا، فمنهم من تمسك بأن الأمر للفور كالكرخي، ومنهم من قال إن الأمر مقتن بقرينة الفور كابن الهمام، إذ قال في التعليق على قول صاحب الهداية "ثم قيل هي واجبة على الفور لأنه مقتضى مطلق الأمر" الدعوى مقبولة وهي قول الكرخي، والدليل المذكور عليها غير مقبول، فإن المختار في الأصول: أن مطلق الأمر لا يقتضي الفور ولا التراخي، بل لمجرد طلب المأمور به، فيجوز للمكلف كل من التراخي والفور في الإمتثال، والوجه المختار أن الأمر بالصرف إلى الفقير مع قرينة الفور وهي أنه لدفع حاجته وهي معجلة، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام.^(٥)

الترجيح:

والراجح من وجهة نظري هو القول بالوجوب فوراً، وبالضمان إن تلف المال بعد الوجوب والتمكن من الأداء وقبل الأداء، لعصيانه بالتأخير، وإذا مات قبل الأداء تعلقت الزكاة بعين ماله كله، وذلك لأن الزكاة فرضت لسد حاجة الفقراء، وهي

^١ أصول السرخسي ٤٦/١.

^٢ فتح القدير ١٥٥/٢ فما بعدها.

^٣ أصول السرخسي المرجع السابق.

^٤ مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ٣٥.

^٥ انظر فتح القدير مع الهداية والعناية ١٥٥/٢.

تتطلب الإستعمال، ولأنها من العبادات المؤقتة وكل عبادة مؤقتة يجب فعلها عند أول دخول وقتها وإلا لما كان للتوقيت فائدة. ولأنه ورد الوعيد الشديد في الكتاب والسنة على من ييخلون بما آتاهم الله من فضله.

وفي ختام هذا الموضوع أود أن أشير إلى أن الأمر المؤقت بوقت موسّع اختلف فيه العلماء على ثلاثة أقوال:

أ- ذهب بعض الشافعية إلى أن الأمر يتعلق بأول الوقت، فإن تأخر عنه ووقع في آخره فهو قضاء سد مسد الفرض.

ب- قال بعض الحنفية: يتعلق الأمر بآخر الوقت، فإن قدم في أوله سد مسد الفرض.

ج- ويرى المالكية^(١) وبعض المحققين كالشافعي^(٢) إن الأمر لا يختص بعه ببعض معين من الوقت إذ لو تعلق بأوله لكان المؤخر عاصياً بالتأخير ولكن قاضياً لا مؤدياً وحينئذ يجب أن ينوى القضاء وهو خلاف الإجماع. ولو تعلق بآخر الوقت لكان المقدم متطوعاً لا متمثلاً للأمر ولوجب عليه نية التطوع ولما أجزأ ذلك عن الواجب، كما لو عمله قبل الوقت وهذا أيضاً خلاف الإجماع فثبت أن الأمر الموسّع لا يتعلق ببعض معين من الوقت.

وعلى ضوء ما تقدم يكون الواجب مضيّقاً على الرايين الأولين وموسّعاً على الرأي الثالث. ويتفرع عن هذا الخلاف الإختلاف في بعض المسائل الفرعية، منها:

أ- إن الصبي إذا صلى في أول الوقت ثم بلغ قبل انقضاء الوقت فصلاته تجزئه على الرأي الأول والثالث دون الثاني.

ب- إن المسافر إذا سافر في أول الوقت، أو حاضت المرأة بعد دخول الوقت، ومضى مقدار الفعل من الزمان، يجب الإتمام على المسافر والقضاء على الحائض بمقتضى الرأي الأول والثالث ولا يجب على الرأي الثاني، لأن الوجوب لم يتحقق في أول الوقت.^(٣)

^١ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٥٠. تحرير الفروع للزنجاني ص ٣١ فما بعدها.

^٢ راجع شرح التوضيح على التنقيح مع التلويح. ٢٤٠/٢.

^٣ انظر مفتاح الوصول إلى علم الأصول للتلمساني ص ٣٧ وما بعدها.

المطلب الثالث

الاختلاف في مقتضى النهي

وأثره على الاختلاف في الأحكام الشرعية

ماهية النهي:

النهي في اللغة معناه المنع. يُقال نهى عن كذا، أي منعه عنه. وعلى هذا سمي العقل نهية، لأنه ينهى صاحبه عن الوقوع فيما يُخالف أُسُوباً ويمنعه عنه. ومنه قوله تعالى: ﴿...إِنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّأُولِي النُّهَى﴾^(١).

وفي الاصطلاح: هو القول الإنشائي الدال على الكف عن فعل على جهة الاستعلاء.^(٢)

صيغ النهي:

القرآن الكريم نهى الإنسان عن التصرفات التي تتضمن المفسدة والمضرة بصيغ متعددة وتعبير مختلفة تدل على الأسلوب البلاغي الرائع، ومن تلك الصيغ:

١- الفعل المضارع المصدرب (لا) (الناهية: كصيغة (لا تقرّبوا) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٣)، ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾^(٤). وصيغتي (لا تأكلوا، لا تقتلوا) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾^(٥)، ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾^(٦).

٢- الأمر الدال على الكف اللفظي: (ذروا، اجتنبوا) في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

^١ طه: ٥٤.

^٢ الشوكاني: إرشاد الفحول ص ١٠٩.

^٣ الإسراء: ٣٢.

^٤ الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

^٥ البقرة: ١٨٨.

^٦ الإسراء: ٣٣.

آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ...^(١)،
﴿...فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(٢).

٣- مشتقات مادة التحريم: كلفظي (حرم، حرّمت) في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رِيسِي
الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطُنَ...﴾^(٣)، ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ
وَأَخَوَاتُكُمْ...﴾^(٤).

٤- مشتقات مادة النهي: كصيفتي (نهى، ينهى) في قوله تعالى: ﴿...وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ
فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا...﴾^(٥)، ﴿...وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ...﴾^(٦).

٥- نفي الجمل: كما في قوله تعالى: ﴿...وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ
شَيْنًا...﴾^(٧).

٦- اقتان الفعل بالوميد بالمقاب عليه: كما في قوله تعالى: ﴿قَرِئْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ، الَّذِينَ
هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ، الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ، وَيَتَذَكَّرُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٨).

٧- الاستفهام الإنكاري: كما في قوله تعالى: ﴿...أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا
مُؤْمِنِينَ﴾^(٩).

أوجه استعمال النهي:

تُستعمل صيغة النهي المعروفة (المضارع المصدر بلا الناهية) لمقاصد كثيرة منها:

- ١- التحريم: كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ...﴾^(١٠).
- ٢- الكراهة: كقوله تعالى: ﴿...لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ...﴾^(١١).

^١ الجمعة: ٩

^٢ الحج: ٣٠

^٣ الأعراف: ٣٣

^٤ النساء: ٢٣

^٥ الحشر: ٧

^٦ النحل: ٩٠

^٧ البقرة: ٢٢٩

^٨ الماعون: ٤، ٥، ٦، ٧.

^٩ يونس: ٩٩

^{١٠} البقرة: ٢٢١

^{١١} المائدة: ٨٧

- ٣- الإرشاد: كقوله تعالى: ﴿...لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ...﴾^(١).
- ٤- بيان العاقبة: كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ...﴾^(٢).
- ٥- التحقير: كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْدَنَّ عَيْنَيْكَ إِلَى مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا...﴾^(٣).
- ٦- التأييس: كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ إِنَّمَا تُجْزَوْنَ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾^(٤).
- ٧- التصبير: كقوله تعالى: ﴿...لَا تَحْزَنْ إِنَّ اللَّهَ مَعَنَا...﴾^(٥).
- ٨- الدعاء: كقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا...﴾^(٦).
- ٩- التحذير: كقوله تعالى: ﴿...فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(٧).
- ١٠- التأمين، كقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَخَفْ إِنَّكَ مِنَ الْآمِنِينَ﴾^(٨).
- ١١- التسوية: كقوله تعالى: ﴿اصْلَوْهَا فَاصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا سَوَاءٌ عَلَيْنَكُمْ إِنَّمَا تُجْزَوْنَ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾^(٩).
- ١٢- الوفاء والتعاون: كما في قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١٠).

المعنى الحقيقي للنهي:

لا يُعتبر النهي حقيقة في جميع المعاني المذكورة، بل هو حقيقة في بعض ومجاز في غيره، هذا مما لم يختلف فيه واحد، وإنما الخلاف في تحديد المعنى الحقيقي، هل هو واحد أو أكثر؟ وفي الصورة الثانية هل هو مشترك لفظي أو معنوي؟

١ المائدة: ١٠١
٢ إبراهيم: ٤٢
٣ طه: ١٣١
٤ التحريم: ٧
٥ التوبة: ٤٠
٦ آل عمران: ٨
٧ البقرة: ١٣٢
٨ القصص: ٣١
٩ الطور: ١٦
١٠ البقرة: ٢٣٧

١- قال الجمهور من الأصوليين والفقهاء: النهي حقيقة في التحريم ومجاز فيما عداه، واستدلوا بأدلة منها قوله تعالى: ﴿...وَمَا نَهَاكُم عَنْهُ فَأَنْتَهُوا...﴾. فأمر الله سبحانه وتعالى بالإنهاء عن المنهى عنه، والأمر للوجوب، فكان الإنهاء عن المنهى عنه واجباً ولا يعني التحريم سوى ذلك.^(١)

٢- وقيل إنه حقيقة في الكراهة، لأن النهي إنما يدل على مرجوحية المنهى عنه وهو لا يقتضي التحريم.

ويُرد بأن السابق إلى الذهن عند التجرد عن القرينة هو التحريم.

٣- وقيل مشترك بين التحريم والكراهة، فلا يتعين أحدهما إلا بدليل، وإلا كان جعله لأحدهما ترجيحاً من غير مرجح.

ويُرد بأن العقل يفهم الحتم من الصيغة المجردة عن القرينة، وذلك دليل على أنه حقيقة في التحريم، وبأن السلف كانوا يستدلون بصيغة النهي المجردة على تحريم المنهى عنه، وكل ذلك دليل على أنه حقيقة في التحريم ومجاز في الكراهة.

٤- وقال البعض -كالحنفية- إنه يكون للتحريم إذا كان الدليل قطعياً، ويكون للكراهة إذا كان الدليل ظنياً.

ويُرد بأن الخلاف إنما هو في طلب الترك وهذا طلب قد يُستفاد بقطعي فيكون قطعياً، كما قد يُستفاد بظني فيكون ظنياً.^(٢)

النهي يقتضي الترك على الفور والدوام:

النهي يدل على طلب الكف عن الفعل المنهي عنه فوراً بصورة مستمرة، لأن استمرار الإمتناع عن المنهى عنه بعد الكف الفوري ضروري لتحقيق الإمتثال وبذلك يختلف النهي عن الأمر، لأن الثاني لا يقتضي لذاته الفور والتكرار. ويرجع سرّ هذا الفرق إلى أن الله سبحانه وتعالى لا يأمر الإنسان بشيء إلا لما فيه من مصلحة عامة أو خاصة، وهي قد

^١ انظر المحصول للرازي، تحقيق الدكتور طه جابر، ج ١ ق ٢ ص ٤٦٩.

ارشاد الفحول للشوكاني ص ١١٠. شرح الكوكب المنير ص ٣٣٩.

المسودة لآل تيمية ص ٨١.

تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، للحافظ صلاح الدين العلائي ص ٦٣.

^٢ ارشاد الفحول، المرجع السابق ص ١١٠.

تتحقق بفعل المأمور به مرة واحدة.

أما النهي عن الشيء، إنما يكون لما فيه من مضرة (مفسدة) عامة أو خاصة، لا يمكن التجنب عنها إلا بالكف الفوري مع الإستممرار، لأن المخاطب بالكف إذا فعل المنهي عنه ولو مرة واحدة، لا يُعتبر متمثلاً ومنفذاً لطلب الله سبحانه، لذا الإمتناع الفوري المستمر من المستلزمات الضرورية للإمتثال.

ومن الغريب أن ذهب بعض كبار العلماء من الأصوليين، كالإمام فخرالدين الرازي،^(١) إلى أنه لا يفيد التكرار.

إقتضاء النهي للفساد:

اختلف الأصوليون والفقهاء من جميع المذاهب الإسلامية في هذه القاعدة الأصولية الخطية من حيث النتائج والآثار. ويمكن أرجاع الخلافات الواردة بهذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات رئيسة (عدم الإقتضاء للفساد مطلقاً، اقتضائه للفساد مطلقاً، التفصيل). ولأهمية هذا الموضوع، نوزع دراسة الاتجاهات من الناحية الشكلية على فروع ثلاثة، ثم نختم العرض بفرع رابع لبيان بعض الأحكام المتفرعة عن الاختلاف في هذه القاعدة الأصولية.

^١ المحصول، المرجع السابق ج ١ ق ٢ ص ٤٧٠.

الفرع الأول

النهى لا يقتضي الفساد مطلقاً

نُسب إلى بعض الفقهاء وعلماء الأصول القول بأن النهى لا يقتضي الفساد مطلقاً، سواء كان المنهى عنه من العبادات أم من المعاملات، وسواء أكان النهى لذات المنهى عنه، أم لجزئه، أم لغيره من وصفه اللازم أو المجاور. ولوجود الإضطراب في هذه النسبة، ولما في الأدلة المستند إليها من خلل، رأيت من الضروري الإشارة إلى بعض المراجع والأشخاص المعروفين بأنهم من أنصار القول بأن النهى لا يقتضي الفساد مطلقاً.

قال الرازي: ^(١) "الذين قالوا النهى عن التصرفات لا يدل على الفساد، اختلفوا هل يدل على الصحة، فنقل عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن (صاحب أبي حنيفة) أنه يدل على الصحة". ^(٢)

وقال الآمدي: ^(٣) "وقال البعض لا يقتضي الفساد وهو اختيار المحققين من أصحابنا ^(٤)، كالقفال ^(٥)، وإمام الحرمين ^(٦)، والغزالي ^(٧)، وكثير من الحنفية وبه قال جماعة من المعتزلة كأبي عبدالله البصري ^(٨)، وأبي الحسين الكرخي ^(٩)، والقاضي عبد الجبار ^(١٠)، وأبي الحسين البصري ^(١١)، وكثير من مشايخهم ^(١٢)".

^١ الإمام الأصولي النظار المفسر فخرالدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (٥٤٤-٦٠٦هـ) (١١٤٩-١٢٠٩م).

^٢ الحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، القسم التحقيقي، الجزء الأول، القسم الثاني، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ، ص ٥٠٠.

^٣ سيف الدين الآمدي الكردي علي بن محمد بن سالم من آمد (ديار بكر) (٥٥١-٦٣١هـ).
^٤ الشافعية.

^٥ أبو بكر محمد بن علي بن اسماعيل الشافعي القفال الشافعي (٢٩١-٣٦٥هـ).

^٦ عبدالملك بن عبدالله بن يوسف بن محمد الجويني النيسابوري، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي (٤١٩-٤٧٨هـ).

^٧ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت- ٥٠٥هـ).

^٨ الحسين بن علي (ت- ٣٦٧هـ).

^٩ عبيدالله بن الحسين الكرخي (٢٦٠-٣٤٠هـ) وانتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق.

^{١٠} أحمد بن عبد الجبار الهمداني الأسد آبادي. كان شيخ المعتزلة ولقب بقاضي القضاة (ت- ٤١٥هـ).

^{١١} محمد بن علي الطيب، أحد أئمة المعتزلة (ت- ٤٣٦هـ).

^{١٢} الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، طبعة ١٩٦٨م، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده، ج ٢ ص ٤٨.

وقال القرافي: ^(١) "النهي عندنا يقتضي الفساد، خلافاً لأكثر الشافعية والقاضي أبي بكر منا، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لا يدل على الفساد مطلقاً، ويدل على الصحة لإستحالة النهي عن المستحيل". ^(٢)

وقال الشيرازي: ^(٣) "وحكي عن الشافعي (رحمه الله) ما يدل على أن النهي لا يدل على الفساد وهو قول طائفة من أصحاب أبي حنيفة وأكثر المتكلمين". ^(٤)

وقال الإعتماذي: "اختلفوا في دلالة النهي على الفساد المنهي على ثلاثة أقوال، ثانيها عدم الدلالة على الفساد مطلقاً". ^(٥)

وقال الشوكاني ^(٦) "وذهب جماعة من الشافعية والحنفية والمعتزلة إلى أنه لا يقتضي الفساد، لا لغة ولا شرعاً، لا في المعاملات ولا في العبادات". ^(٧)

وقال العلاني: ^(٨) "قال القاضي أبوبكر ^(٩) والقاضي أبو جعفر السناني ^(١٠)، وأبو عبدالله الأزدي ^(١١)، وأبوبكر القفال من الشافعية، لا يقتضي فساد المنهي عنه". ^(١٢)

الأدلة ومناقشتها:

استدل القائلون بأن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً بأدلة منها ما يلي:

١- قالوا: لو دلّ النهي على الفساد لغة أو شرعاً، لناقض التصريح بالصحة لغة أو شرعاً، واللازم باطل، والملازمة ظاهرة. ودليل بطلان اللازم هو أن الشارع لو قال: نهيتك عن الربا نهى تحريم، ولو فعل لكان البيع المنهي عنه موجباً للملك، لصح

^١ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت-٦٨٤هـ).

^٢ انظر شرح تنقيح الفصول في اختصار الحصول، تحقيق طه عبدالرؤف، منشورات دار الفكر، ص ١٧٣.

^٣ إبراهيم علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي (٣٩٣-٤٧٦هـ).

^٤ اللع في اصول الفقه الشافعي، الطبعة الثالثة، ١٩٥٧م، مطبعة البابي الحلبي، مصر ص ١٤.

^٥ معالم الدين في اصول الفقه الجعفري للإعتماذي، ص ١١٦.

^٦ محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت-١٢٥٥هـ).

^٧ ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، ص ١١١.

^٨ الحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلي العلاتي (٦٤٩-٧٦١هـ).

^٩ أبوبكر الباقلاني محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر (٣٣٧-٤٠٣هـ).

^{١٠} محمد بن أحمد بن محمد السناني (٣٦١-٤٤٤هـ). قاض حنفي وهو من (سمنان العراق).

^{١١} الحسين بن محمد بن الحسين بن علي بن يعقوب المروزي (٤٧٠-٥٥٩هـ).

^{١٢} تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد. تقديم وتحقيق وتعليق إبراهيم محمد السلقيني، ص ٧٩.

من غير تناقض لا لغة ولا شرعاً.^(١) ولو قال صاحب الشرع: نهيتك عن الصلاة في الدار المغصوبة، وعن الوضوء بالماء المغصوب، والصلاة في الثوب المغصوب، والحج بالمال المغصوب... وإذا أتيت بهذه العبادات جعلتها سبباً لبراءة ذمتك من الصلاة الواجبة والحج الواجب، لما حصل تناف بين النهي وبين صحة العبادة، لأن مصالح العبادات حاصلة في تلك الصور، وإنما قارنتها مفسدة ومعتمد البراءة حصول المصلحة لا عدم مقارنه المفسدة.^(٢)

وَيُنَاقَشُ هذا الاستدلال بأنه غير أصولي لأن القاعدة المنطقية تقتضي بأن الدليل يجب أن يكون مساورياً للمدعى أو أعم منه، في حين أنه هنا أخص من دعوى (إن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً)، لأن عدم التعارض بين النهي وبين صحة العقد أو العبادة أساسه أن النهي لم يتعلق لا بالركن ولا بالشرط ولا بالذات، وإنما متعلقه أمر خارج عن المنهى عنه، ويدل على ذلك قيام التعارض بين القول بحل أكل مال الغير بالباطل وبين قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾^(٣)، وكذلك بين القول بإباحة الزنا وبين قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٤).
لكون النهي في هاتين الصورتين لعين المنهى عنه لا لأمر خارج عنه.

٢- لو دلّ على الفساد لدل عليه إما بلفظه أو بمعناه، أي لكانت دلالتُه عليه بإحدى الدلالات الثلاث (المطابقة، والتضمن، والإلتزام) وكلها منتفية. أما انتفاء الأوليين فواضح لأن اللفظ لا يفيد إلا المنع، في حين إن الفساد في العبادة عدم الإجزاء، وفي العقود عدم ترتب الآثار المطلوبة عليه شرعاً. وأما عدم دلالتُه معنى (التزاماً) فلأن من شروط الدلالة المعنوية (الإلتزامية) وجود اللزوم العقلي كما بين العمى والبصر أو العرفي كما بين الحاتم والجود وكلاهما منتفیان.^(٥)

وَيُنَاقَشُ هذا الدليل بأن الحقيقة الشرعية للنهي هو التحريم باتفاق الجمهور من الفقهاء والأصوليين ومن الواضح أن كل عزم لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم، يشتمل

^١ انظر القرافي: شرح تنقيح الفصول، المرجع السابق ص ١٧٤.

^٢ انظر الشوكاني: ارشاد الفحول، المرجع السابق ص ١١١.

^٣ البقرة: ١٨٨

^٤ الإسراء: ٣٢

^٥ انظر الرازي: المحصول، المرجع السابق ٤٨٩ وما بعدها..

الإعتماد: شرح معالم الدين في الأصول، المرجع السابق ص ١١٦.

على مفسدة يجب الكف عنها. وبناء على ذلك حرمة المنهي عنه إما تساوي الفساد أو تستلزمه شرعاً، وال لزوم بينهما شرعي فلا حاجة إلى اللزوم العقلي أو العرفي مادام الموضوع ينص الشرع فقط.

٣- النهي يقتضي الصحة، لأن النهي يدل على التصور لكونه يراد للامتناع والامتنع في نفسه المستحيل في ذاته لا يمكن الامتناع منه، فلا يتوجه إليه النهي كنهى الزمّن عن القيام والأعمى عن النظر، وبناء على ذلك إن الصحة لو كانت مفقودة لأمتنع النهي.^(١)

وَيُنَاقَشُ بَأَنَ لِلصَّحَةِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

أ- صحة عقلية: وهي عبارة عن قبول الشيء للوجود والعدم في نظر العقل، كإمكان وجود الحياة على كوكب آخر غير الأرض.

ب- صحة عادية: وهي إمكان الشيء عادة، كالسفر جواً وبراً وحرّاً في وقتنا الحاضر.

ج- صحة شرعية: وهو الإذن الشرعي في جواز الإقدام على الفعل وهو يشمل الأحكام الشرعية، إلا التحريم فلا إذن فيه، والأربعة الباقية (الواجب والمنسحب والمباح والمكروه) فيها الإذن.

والخلاف إنما هو في الصحة الشرعية وهذا لا يتطلب إلا سبق الصحة العادية،^(٢) تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا...﴾^(٣). فالقتل المنهي عنه والزنا والسرقه وأكل مال الغير بالباطل وبيع المسكرات والصلاة بلا وضوء، كلها أمور تتصف بالصحة العادية لإمكان وجودها مع أنها ليس لها صفة الصحة الشرعية.

٤- لو اقتضى النهي الفساد للزم أن يتحقق الفساد أينما تحقق النهي، واللازم باطل والملزوم مثله، بدليل أن الصلاة في الأوقات المكروهة ليست فاسدة مع تحقق النهي عنها. ويُناقش هذا الدليل أيضاً بأن صحة الصلاة في هذه الحالة إنما هي لتعلق النهي بأمر خارج عنها وهو المكث في أرض الغير والحاق الضرر به.

^١ ابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ٥٤١-٦٢٠هـ): روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، ١١٣.

القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، المرجع السابق، ص ١٧٣.

^٢ القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص ١٧٦.

^٣ البقرة: ٢٨٦.

٥- لو دلّ على الفساد كان ذلك الدليل يقتضيه والدليل إما عقلي أو نقلي، والنقلي إما إجماع أو نص، والنص إما متواتر أو آحاد، ولم يثبت شيء من ذلك، ولا دلالة من جهة العقل أيضاً.^(١)

ويُرد بأن النهي يقتضي الفساد بالنص والإجماع والعقل:

أ- النص كقول الرسول (ﷺ): ((من أحدث في ديننا ما ليس منه فهو رد))^(٢) والمردود هو الفاسد.

ب- الإجماع: أجمع فقهاء المسلمين مع اختلاف أعصارهم على الاستدلال بالنهي الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَكِبُوا الْمُشْرَكَاتِ حَتَّىٰ يَأْمُرَ...﴾^(٣) على فساد زواج المشركات.^(٤)

ج- المعقول: في حالة رجوع النهي إلى ركن أو شرط المنهي عنه، فالأمر واضح، لأنه لا يُتصور تحقق الكل بدون الجزء، وتحقق المشروط مع تعلق الشرط، وفي صورة رجوعه إلى الوصف الخارج فالتصرف إنما قصد مع هذا الوصف فتخلفه يعني عدم تحقق التصرف المطلوب.^(٥)

الأقوال ومناقشتها:

١- القول بأن أبا حنيفة (رحمه الله) ذهب إلى أن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً وإنما يقتضي الصحة غير مطابق للواقع لما يلي:

أ- القاعدة في مذهب أبي حنيفة أن النهي عن الشيء لعينه يقتضي بطلانه، ولو صفه اللازم يقتضي فساد.

وعلى هذا الأساس استحدث الحنفية ثلاثة بين الصحيح والباطل وهو الفاسد، فقالوا: الباطل غير مشروع بأصله ووصفه، والفساد مشروع بأصله وغير مشروع بوصفه.

^١ العلائي: تحقيق المراد، المرجع السابق، ص ١٤٩-١٥٠.

^٢ فتح الباري، كتاب الصلح، ٦/٢٣٠.

^٣ البقرة: ٢٢١

^٤ الشوكاني/ إرشاد الفحول، المرجع السابق ص ١١١.

الفتاوى: شرح الكوكب المنير ط ١، ١٩٥٣م، ص ٣٣٩.

^٥ القرافي: الفروق، المرجع السابق ٨٤/٢.

ب- للصحة في مذهب أبي حنيفة معنيان:

الأول- يكون الفعل مسقطاً للقضاء في العبادات، وكون العقد سبباً لترتب آثاره المطلوبة في المعاملات.

الثاني- ما يقابل الفاسد والباطل، فإذا قيل هذا صحيح فمعناه مشروع بأصله ووصفه جميعاً، بخلاف الباطل، فإنه ليس مشروع أصلاً، وبخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه، وبناء على ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه: "المنهي عنه لذاته غير صحيح بكلا المعنيين والمنهي عنه لوصفه اللازم صحيح بالمعنى الأول دون الثاني"،^(١) كما يأتي تفصيل ذلك في الفرع الثالث.

٢- القول بأن الغزالي يرى أن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً يصطدم مع عدم استقرار الغزالي (رحمه الله) على اتجاه واحد، حيث قال في المستصفى: ^(٢) "والمختار أنه لا يقتضي الفساد". وقال في المنخول: ^(٣) "النهي عمول على فساد المنهي عنه على معنى أنه يجعل وجوده كعدمه". وفرّق في شفاء الغليل ^(٤) بين المنهي عنه لذاته والمنهي عنه لوصفه، فاعتبر الأول فاسداً دون الثاني. وفي الوجيز ^(٥) اعتبر العقود التي نهى عنها لذاتها أو لوصفها اللازم باطلة وما عداها صحيحة. وبذلك نستطيع أن نقول إن للغزالي مع كل اتجاه نصيباً من الرأي.

٣- اعتبار أبي الحسين البصري من القائلين بأن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً، يتناقض مع رأيه المعروف المذكور في عشرات المراجع، وهو أن النهي يقتضي الفساد في العبادات لا في المعاملات.

٤- القول بأن إمام الحرمين من أنصار عدم اقتضاء النهي للفساد مطلقاً يتعارض وكونه مع الاتجاه الواسع القائل بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً.^(٦)

^١ انظر المراجع الأصولية للحنفية وبصورة خاصة أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٢٥٧/١-٢٥٨.

^٢ انظر المستصفى تحقيق محمد مصطفى أبو العلاء ص ٣١٧.

^٣ المنخول، تحقيق محمد مصطفى أبو العلاء، ص ٣١٧.

^٤ شفاء الغليل، تحقيق محمد حسن هيتو ص ١٢٦.

^٥ شفاء الغليل، تحقيق الدكتور حمد الكبيسي ص ٥٠-٥١.

^٦ انظر شرح العبادي على شرح جلال الدين الهللي على الوردات في الأصول لإمام الحرمين الجويني على هامش ارشاد الفحول ص ٩٧، وفيه: "فإن كان الخارج الذي النهي لأجله من العبادات والمعاملات غير لازم، كالوضوء بماء مقصوب مثلاً، وكالبيع وقت نداء الجمعة، لم يدل على الفساد خلافاً لما يفهم من كلام المصنف (إمام الحرمين) من أنه يدل عليه حيث أطلق أن النهي على الفساد".

الفرع الثاني النهي يقتضي الفساد مطلقاً

بعكس الإتياء الأول ذهب بعض العلماء من الأصوليين والفقههاء إلى أن النهي يقتضي الفساد المنهي عنه مطلقاً، سواء كان في العبادات أم في المعاملات وسواء كان النهي لعين المنهي عنه، أم لجزئه، أم لوصفه اللازم، أم لوصفه غير اللازم (المجاور). ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وتزعم هذا الإتجاه الحنابلة والظاهرية وجمهور الزيدية، مع الاختلاف في الاستدلال، وبعض الاستثناءات من هذه القاعدة لدليل خارجي كما في التفصيل الآتي:

الحنابلة: (١)

قال الإمام أحمد وأكثر اصحابه: "النهي المطلق (المجرد عن القرينة) يقتضي فساد المنهي عنه سواء كان النهي لعينه كالكفر والظلم والكذب ونحوها من المستقيح لذاته أم كان لوصفه اللازم كالعقد الربوي وصوم يوم العيد، أم لمعنى في غيره كالبيع بعد نداء الجمعة، وكالوضوء بماء مغصوب".
وأستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- ١- النص: كقول الرسول (ﷺ): ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)). (٢)
- ٢- الإجماع السكوتي: لا يزال العلماء المسلمون يستدلون على فساد العقود المنهي عنها

^١ انظر شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر للفقيه الأصولي الحنبلي عماد بن شهاب الدين أحمد بن عبدالعزيز علي بن ابراهيم الفتوح الشهير بابن النجار، اختصر فيه كتاب تحرير المنقول من علم الأصول لعلاء الدين المرادوي. مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٣م، ص ٣٣٩-٣٤٢.

المسودة في أصول الفقه لآل تيمية وهو الشيخ مجد الدين ووله الشيخ عبدالحليم وحفيده شيخ الإسلام تقي الدين. مطبعة المدني ص ٨٢-٨٣.

روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه الحنبلي، لامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٥٤١-٦٢٠هـ)، المطبعة السلفية، ص ١١٣-١١٥.

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيخ عبدالقادر بن أحمد المعروف بابن بدران الدمشقي، ادارة الطباعة المنيرية، ص ١٠٥-١٠٦.

الفروق للمراقي، ٨٤/٢-٨٥.

^٢ مسند أحمد: ٢٥٥١١

بالنهي.

٣- قال الإمام أحمد (رحمه الله): "النهي يعتمد المفسد ومتى ورد نهى أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملة، فإن ذلك العقد إنما يقتضي تلك الماهية بذلك الوصف أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان، فيبقى على الأصل غير معقود عليه، فبعد من يد قابضة بغير عقد. وكذلك الوضوء بالماء المغموض معدوم شرعاً والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، ومن صلى بغير وضوء حساً فصلاته باطلة. وكذلك صلاة المتوضئ بالماء المغموض باطلة، وكذلك الصلاة بالشوب المغموض والمسروق، والذبح بالسكينة المفصورة أو المسروقة، فهي كلها معدومة شرعاً فتكون معدومة حساً.

غير أن الحنابلة استثنوا من عموم قاعدة (النهي يقتضي الفساد مطلقاً)، النهي لحق إنسان فقالوا: "إذا كان النهي عن الشيء لغيره وكان هذا الغير عبارة عن حماية حق الإنسان، فإنه لا يقتضي الفساد، لأن الشرع أعطى لهذا الإنسان حق الخيار في فسخ العقد لرفع غبنه واستدراك ما لحق به من الضرر."^(١)

الظاهرية:^(٢)

من نافلة القول أن نقول: أم اقتضاء النهي للفساد مطلقاً كإقتضاء الأمر للوجوب مطلقاً بالنسبة للظاهرية رأي لا يقبل النقاش ما داموا متمسكين بظواهر النصوص في كل مسألة من المسائل الشرعية. فالنهي عندهم يقتضي الفساد سواء في العبادات أم في المعاملات، وسواء كان النهي لعين المنهي عنه أم لجزئه أم لوصفه اللازم أم لوصفه المجاور.

^١ في شرح الكوكب المنير (ص ٣٤٢): "النهي المطلق عن الشيء لعينه أو وصفه أو لمعنى في غيره، كالنهي في عقد بيع بعد نداء جمعة والوضوء بماء مغموض يقتضي فساد النهي عنه شرعاً عند الإمام أحمد وأكثر أصحابه والمالكية والظاهرية والجبائية، ما لم يكن النهي لمعنى في غير المنهي عنه، لحق آدمي كتلق للركبان. ونجش وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شرائها لغير المشتري. وكسوم على سوم مسلم، وكخطبة على خطبة مسلم، وكتدليس بيع كالقصرية وغيرها... فإن العقد يصح عندنا وعند الأكثر. قال ابن مفتاح في أصوله: حيث قال أصحابنا يقتضي النهي الفساد، فمراهم ما لم يكن النهي لحق آدمي يكن استدراكه، فإن كان ولا مانع كتلق الركبان والنجش، فإنهما يصحان عندنا وعند الأكثر لإثبات الشرع الخيار".

^٢ الإحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري وكنيته أبو محمد (٣٨٤-٤٥٦هـ) نشر زكريا علي يوسف ٣٠٧/٣ وما بعدها.

ودليلهم على ذلك: هو أنه لا يتحقق أداء أي عمل شرعي إلا أن يكون كما أمر الله به وكما أباحه الرسول (ﷺ) قال: ((كُلْ أَمْرٌ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)). وما كان ردّاً أي مردوداً، كان باطلاً.^(١)

الزيدية: (٢)

قال الجمهور علماء الزيدية من الأصوليين والفقهاء: النهي المطلق (المجرد عن القرينة) يقتضي فساد المنهي عنه مطلقاً ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، قول الرسول (ﷺ): ((كُلْ أَمْرٌ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)).^(٣)

^١ في الأحكام، المرجع السابق ٣/٣٠٧: "من صلى بثوب نجس أو مفسوب وهو يعلم ذلك ويعلم أنه لا يجوز له ذلك الفعل، أو صلى في مكان نهى عن الإقامة فيه كمكان نجس أو مكان مفسوب أو في عطن الإبل أو إلى قبر، أو من ذبح بسكين مفسوبة أو حيوان غيره بغير إذن صاحبه أو توشاً بماء مفسوب أو بآنية فضة أو بإناء مفسوب أو بإناء ذهب.. فكل هذا لا يتأدى فيه فرض، فمن صلى كما ذكرنا فلم يصل ومن توشاً كما ذكرنا فلم يتوشاً، ومن ذبح كما ذكرنا فلم يذبح وهي ميتة لا يحمل لأحد أكلها لا لربها ولا لغيره، وعلى ذابحها ضمان مثلها حية لأنه فعل ذلك بخلاف ما أمر. وقال عليه السلام ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)). قال ابن حزم: وقد نهى الله عن استعمال تلك السكين، وعن ذبح حيوان غيره بغير إذن مالكة، وعن الإقامة في المكان المفسوب، وبالمجلة فلا يتأدى عمل إلا كما أمر الله وكما أباح لا كما نهى عنه".

^٢ انظر إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني الزيدية (ت-١٢٥٥هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص ١١٠-١١١.

^٣ في إرشاد الفحول المرجع السابق (ص ١١١) مع التصرف: "والحق أن كل نهى من غير فرق بين العبادات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده للبرادف للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك، فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي.. وما يستدل به على هذا ما ورد في الحديث المتفق عليه وهو قوله (ﷺ) ((كُلْ أَمْرٌ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ))، والمنهي عنه ليس عليه أمرنا فهو رد، وما كان ردّاً أي مردوداً، كان باطلاً، وقد أجمع العلماء على أن المنهي عنه ليس من الشرع وأنه باطل لا يصح، وهذا هو المراد بكون النهي مقتضياً للفساد. والنهي عن الشيء لذاته، أو لجزئه الذي لا يتم إلا به يقتضي فساداً في جميع الأحوال والأزمنة. والنهي عنه للوصف اللازم يقتضي فساداً مادام ذلك الوصف، والنهي عنه لوصف مفارق أو لأمر خارج يقتضي النهي عنه عند إيقاعه متصفاً بذلك الوصف، وعند إيقاعه في ذلك الأمر الخارج عنه، لأن النهي عن إيقاعه مقيداً بهما يستلزم فساداً مادام قيداً له".

تقويم هذا الاتجاه الواسع:

١- استثناء العقود التي يكون النهي فيها لحماية مصلحة المتعاقدين من قاعدة (النهي يقتضي الفساد مطلقاً) فقه حسن، لأن الشارع لما أقر الخيار فيها للطرف المتضرر، فإن ذلك يعني اعتبارها صحيحة، حيث لا يثبت الخيار في العقد ما لم يكن صحيحاً. ثم إن الخيار يقوم بنفس الوظيفة إذا أقدم عليه المتعاقدين، بالإضافة إلى أنه قد يصرف النظر عن فسخ العقد ويستمر عليه لاعتبارات أخرى وفي ذلك استقرار للمعاملات.

٢- القول بأن النهي عن الشيء خارج غير لازم يقتضي الفساد محل نظر حيث لا تلازم بين فساد هذا الخارج وفساد النهي عنه، ما لم يتوقف وجود أحدهما على الآخر، ومن المعلوم أنه لا تعارض بين اجتماع الأمر والنهي إذا كان متعلق كل منهما يختلف عن الآخر اختلافاً غير مقتن بارتباط توقف أحدهما على الآخر من حيث التحقق. فالشارع لما أمر بالوضوء عند إرادة إقامة الصلاة في قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ...﴾ الآية لم يشترط أن يكون الغسل بالماء المباح، بل حرّم الغصب مطلقاً وأوجب الطهارة مطلقاً. وكذلك لم يشترط في إقامة الصلاة في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ بقعة مباحة، بل أوجب الصلاة مطلقاً، وحرّم الغصب مطلقاً، ولا يلزم من تحريم شيء أن يكون عدمه شرطاً.

وقل مثل ذلك في البيع وقت نداء الجمعة، حيث لا تلازم بين البيع وتفويت الصلاة، لإمكان إنشاءه في الطريق حين السعي إلى الجمعة، كما قد يتم التفويت بترك كل من البيع والسعي إليها.

الفرع الثالث

الإتجاه المعتدل

الإتجاه الثالث لعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء بصدد اقتضاء النهي للفساد وعدم اقتضائه هو الأخذ بالرأي المتوسط بين القائل بأنه لا يقتضي الفساد مطلقاً، والقاضي بأنه يقتضي الفساد مطلقاً. وقد تبني الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمجعفرية، هذا الإتجاه مع الاختلاف في التفصيل كما يلي:

الحنفية: (١)

قالوا: مقتضى النهي قبح المنهي عنه شرعاً، والمنهي عنه باعتبار القبح قسماً، قبيح لعينه وقبيح لغيه، والقبيح لغيه نوعان، قبيح لوصف لازم، وقبيح لوصف مجاور. وبناء على هذا التفصيل يمكن ارجاع هذه الشقوق إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المنهي عنه لعينه والقبيح لذاته وضعاً^(١) أو شرعاً^(٢): وهو أن تكون ماهيته متضمنة لمفسدة، لأن النهي يعتمد المفاسد، كما أن الأمر يعتمد المصالح. ومن

^١ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبدالله بن مسعود، مع التلويح للإمام سعد الدين التفتازاني، وحاشية الفنري على التلويح، وحاشية ملا خسرو وعبدالحكيم عليه أيضاً. الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ، ٢٢٢/٢ وما بعدها. أصول البزدوي مع كشف الأسرار، ٢٥٦/١ وما بعدها.

فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار، للإمام زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي، مطبعة البابي ١٩٣٦م، ٧٧/١ وما بعدها.

شرح المنار وحواشيه من علم الأصول للعلامة عز الدين عبداللطيف ابن عبدالعزيز بن ملك، على متن المنار في أصول الفقه للشيخ الإمام أبي البركات عبدالله بن أحمد المعروف بمافظ الدين النسفي (ت-٧١٠هـ) مع حاشية عزمي زاده وابن الحلبي، طبعة ١٣١٥هـ/ ص ٢٥٨ وما بعدها.

أصول السرخسي للإمام الفقيه الأصولي النظار أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي (ت-٤٩٠هـ) دار المعرفة للطباعة ٨٠/١ وما بعدها.

تيسير التحرير شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي الخراساني على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، لابن همام، مطبعة البسابي، ٣٧٦/١ وما بعدها.

^٢ أي واضح اللغة وضعه لفعل قبيح كالظلم والكذب.

هذا النوع يبيع الملائح^(٢) والمضامين^(٣) في المعاملات، والصلاة بلا وضوء في العبادات، والزنا والقتل والظلم والكذب في الأعمال غير المشروعة الأخرى. وجه القبح الذاتي شرعاً للبيع المذكور هو عدم وجود محل مشروع له لعدم المالية في المبيع مع أن البيع مبادلة مال بمال. وفي إيضاح ذلك قالوا: إن للعقد أركاناً أربعة وهي: العرضان والمتعاقدان. فمتى توفرت سالمة عن النهي تكون الماهية معتبرة شرعاً، ومتى انخرم أحد الأركان، عدم الماهية ضرورة، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل الأجزاء، كذلك تعدم لعدم مشروعية أحدها. فبيع رشيد من رشيد غنماً بمبلغ محدد من النقود صحيح لصحة جميع الأركان، بخلاف بيع الغنم بالخنزير، فالعقد باطل لعدم مشروعية أحد العرضين (الخنزير).

وكذلك الصلاة بلا وضوء منهي عنها لأن الشرع اعتبر أهلية المصلي للصلاة الطهارة عن الحدث والجنابة، فتتعدم الأهلية بانعدام صفة الطهارة وانعدام الأهلية فوق انعدام المحلية.

حكم هذا النوع من النهي هو بطلان المنهي عنه إذا قام به الإنسان بمعنى عدم أجزاء العبادة، وعدم ترتب الآثار المطلوبة في العقود، لأنه غير مشروع أصلاً حيث أن المشروع لا يخلو من مصلحة ويدون الأهلية والمالية لا وجود لتلك المصلحة.

النوع الثاني: هو النهي عن الشيء لوصفه اللازم، بأن يكون العمل المنهي عنه مستوفياً لأركانه الشرعية، والنهي لمعني اتصل به وصفاً أي لوصف لازم لا ينفك عنه كالبيع الربوي، فهو مشروع بأصله لتوفر أركانه، وغير مشروع بوصفه وهو الفضل (الزيادة) الحالي عن العرض الذي به تفوت المساواة التي هي شرط المجواز للعقد في الربويات، وشرط الشيء تابعه فيكون وصفاً.

وكصوم يوم العيد في العبادات، فإنه حسن لذاته قبيح لمعني اتصل بالوقت الذي هو محل الأداء فهو وصف لازم لا ينفك عنه.

^١ كبيع الخنزير.

^٢ جمع ملقوحة وهي ما في أرحام الأمهات من الأجنة.

^٣ جمع مضنون وهو ما في ظهور الآباء من الحيامن.

حكم هذا النوع: -

هو أنه مشروع بأصله وفاسد بوصفه، فيكون حسناً بنفسه قبيحاً لغيره، فمباشرة مرتكب للحرام لغيره لا لنفسه، فالعقد مشروع بأصله، لذا يكون موجبا للملك إذا اتصل به القبض، ^(١) باعتبار أنه بيع توافرت أركانه، وفاسد بوصفه لذا يجب نقضه (فسخه) باعتبار كونه حراماً لغيره. فالصوم مشروع بأصله، فلو نذر أن يصوم العيد صبح ولكن فاسد بوصفه (يوم ضيافة الله) فعليه أن يفطر ويقضيه. ^(٢)

وعلى أبو حنيفة (رحمه الله) حكم هذا النوع (المشروع بأصله والفاقد بوصفه) بأن أصل الماهية سالم عن المفسدة والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين السالبة عن الفساد.

ولو قلنا بالصحة مطلقاً لسوينا بين الماهية السالبة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل، والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن النهي، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة (مثلاً كما في العقد الربوي) المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب. ^(٣)

وبهذا التحليل الأصولي العلمي المنطقي لهذا الفقيه العظيم، تكون في فقهه حالة ثالثة بين الصحيح والباطل، فالصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والباطل ما كان غير مشروع بأصله ووصفه، والفاقد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه.

^١ وإنما اشترط القبض لأن السبب غير مشروع.

^٢ أصول الشاشي للفعال الشاشي، ص ٤٩.

تيسير التحرير المرجع السابق ٣٧٨/١.

أصول السرخسي، المرجع السابق، ٨١/١.

الرهاوي على المرجع السابق، ص ٢٧٤.

وفي الهداية: "لو صام يوم العيد يكون مؤدياً لأنه كذلك التزمه، هذا ظاهر الرواية. وروي عن ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه لا يصح وهو قول زفر والشافعي".

^٣ انظر أصول السرخسي ٨٨/١، الفرق للقرافي ٨٤-٨٣/٢.

النوع الثالث: هو النهي لوصف المجاور (غير لازم): وهو أن يكون العمل مشروعاً بماهيته، لكنه منهي عنه لوصف ممكن الإنفكاك عنه، كالبيع وقت نداء الجمعة المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ...﴾^(١) .

فالنهي لم يتوجه إلى ذات البيع ولا إلى وصف لازم له، لعدم تخلف أي ركن أو شرط في عقد يتم انشاؤه بعد النداء لصلاة الجمعة.

إذن يكون النهي لوصف مجاور له وهو ان انشغال المتعاقد بالعقد قد يؤدي لترك السعي إلى ذكر الله وهو وصف غير لازم، بل قابل لأن ينفك عنه بأن يتم البيع أثناء السعي إلى الصلاة، كما ان الإخلال بالسعي قد يأتي من غير البيع، بأن يمكث الشخص في بيته بدون بيع ولا سعي إلى الجمعة. وقل مثل ذلك بالنسبة إلى الصلاة في الأرض المفصولة، فإن المكث في أرض الغير بدون اذنه، كما يكون بالصلاة يكون بغيرها أيضاً، فهو وصف غير لازم.

الفرع الرابع

نماذج من المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في قاعدة "النهي يقتضي الفساد"

نتيجة اختلاف علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء في القاعدة الأصولية (النهي يقتضي الفساد)، اختلفوا في بعض الأحكام الشرعية لمسائل الزواج والطلاق والمعاملات المالية والعبادات...

ففي الزواج: اختلفوا في زواج الشغار، وزواج الخطبة على خطبة الغير، وزواج المحرم، وزواج المحلل.

وفي الطلاق: اختلفوا فيه إذا كان في حالة الحيض، أو النفاس، أو في طهر مسها فيه، وفي الخلع حين قيام العضل.

وفي المعاملات المالية: اختلفوا في النجش، وتلقي الركبان، والبيع على بيع الغير، وبيع العينة، والبيع مع الشرط، والبيع بعد النداء لصلاة الجمعة.

وفي العبادات: اختلفوا في صيام يوم العيد، والصلاة في الأرض المغصوبة، والصلاة في الأوقات المكروهة، وفي الأمكنة المكروهة.

وفيما يلي تفصيل لهذا المجمل.

أولاً - الإختلاف في أحكام الزواج:

١- زواج الشغار:

الشغار في الإصطلاح الشرعي هو: زواج يُقال في انشاؤه (أزوجك ابنتي أو أختي على أن تزوجني ابنتك أو أختك).

ومصدره هو ما روي عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ﷺ) نَهَى عَنْ الشَّغَارِ وَالشَّغَارُ أَنْ يُزَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ^(١) عَلَى أَنْ يُزَوَّجَهُ ابْنَتَهُ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ.^(٢)

^١ لفظ البنت ليس له مفهوم المخالفة إذ كذلك الأخت وغيرها من للرجل المتعاقد حق الولاية عليها.

^٢ أنظر الموطأ لإمام مالك مع المنتقى ٣/٣٠٩، فتح الباري ١٢/٣٣٣، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/١٠٨، ونيل الأوطار ٦/١٦٠، عين المعبود على سنن أبي داود.

والظاهر أن هذا التفسير للشغار ليس من كلام الرسول (ﷺ) وإنما ثبت عنه النهي عن الشغار، فقال ((لَا شَغَارَ فِي الْإِسْلَامِ))، ولذا حصل في اعتبار قيد (وَلَيْسَ يَنْتَهَمَا صَدَاقًا) خلاف.^(١)

اتفق فقهاء المسلمين على أن زواج الشغار نهى عنه وحرام، وبالتالي لا يجوز الإقدام عليه، لكنهم اختلفوا في صحته إذا وقع. وسبب خلافهم هو الإختلاف في مقتضى النهي هل يقتضي الفساد مطلقاً، أو لا يقتضي ما لم يكن لذاته أو لوصفه اللازم، أو فيه تفصيل كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا زوج رجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته، ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر، فالعقدان جائزان، ولكل واحدة مهر مثلها.^(٢) وذلك بناء على أصلهم أن النهي ليس لذات العقد وإنما لوصفه فهو صحيح بأصله وفساد المهر لا يستلزم فساد العقد. وعلى هذا الأساس زواج الشغار عندهم صحيح، سواء ذكر فيه المهر أم لا. وهذا الإتجاه هو قول الزهري، ومكحول، والثوري، والليث، وإسحاق، وأبي ثور، ورواية عن أحمد كما يقول الشوكاني.^(٣)

ب- وذهب الظاهرية والحنابلة: إلى القول بفساد زواج الشغار مطلقاً، سواء ذكر فيه المهر أم لا، بناء على أصلهم القائل بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً، سواء كان لعينه أم لوصفه اللازم أم خارج غير لازم.

قال ابن حزم: ^(٤) لا يحل نكاح الشغار وهو أن يتزوج هذا وليته على أن يزوجه الآخر وليته أيضاً، سواء ذكرا الصداق لكل واحدة أم لأحدهما دون الأخرى، أم لم يذكر في شيء من ذلك صداقاً. ففي جميع الأحوال يفسخ ابداً ولا نفقة فيه ولا ميراث ولا صداق ولا عدة، ولا شيء من أحكام الزوجية. فإذا حصل الدخول مع العلم بالفساد وجب الحد ولا يثبت النسب، ومع الجهل يلحق به الولد، فلا حد. وذلك لأن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار ونهى عن كل شرط ليس في كتاب

^١ قال الشافعي: لا أدري أن التفسير عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك؟ وقال الخطيب: تفسير الشغار ليس من كلام النبي، وإنما هو من قول مالك. انظر المراجع السابقة.

^٢ الهداية وبداية المبتدي مع فتح القدير ٣/٣٣٨.

^٣ نيل الأوطار للشوكاني ١٦٠/٦.

^٤ الهللى لابن حزم الظاهري ٩/٥١٣ - ٥١٥.

الله، والشغار ذكر فيه الصداق أو لم يذكر فقد اشترطاً فيه شرطاً ليس في كتاب الله، فهو باطل بكل حال.

وقال ابن قدامة: ^(١) لا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد، لأن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار من جهة ومن جهة أخرى جعله معلقاً على شرط فاسد، وإذا ثبتت هاتان المقدمتان، فلا فرق بين أن يقول: على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك.

ج- المالكية: لهم أقوال في هذه المسألة، ^(٢) لكن المشهور من مذهب مالك هو القول بفساد الشغار، سواء ذكر الصداق أم لا، وفي ذلك يتفقون مع الظاهرية والحنابلة، لكن يختلفون معهم في أن الفسخ يكون بالطلاق بناء على أصلهم القاضي بأن كل زوج فاسد مختلف فيه يجب أن ينتهي بالطلاق بخلاف الفاسد المتفق عليه وفي أنه تثبت به المصاهرة والنسب والإرث-إذا مات أحدهما قبل الفسخ- باعتبار أن الفاسد المختلف فيه حكمه حكم الصحيح في هذه الأحكام. ^(٣)

وكذلك قالوا بصحة كل عقد فاسد مختلف فيه إذا حكم به قاض من المذهب الذي يقول بصحته، فزواج الشغار يعتبر صحيحاً في نظرهم إذا حكم به قاض حنفي.

د- الشافعية: قال الشافعي وأصحابه زواج الشغار فاسد يفسخ إذا لم يسم فيه مهر، فإن سما لكل واحدة منهما مهراً أو لأحدهما دون الأخرى، ثبت النكاحان معاً، وبطل المهر الذي سماه وكان لكل واحدة منهما مهر مثلها إن مات أو وطئها،

^١ المغني لابن قدامة ٦/٦٤١.

^٢ في المنتقى شرح الموطأ (٣/٣٠٩): وإذا قلنا أنه يفسخ إن وقع، ففي المدونة عن ابن القاسم أنه يفسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد... هذا إذا لم يكن في المهرتين ذكر مهر، فإن كان فيهما ذكر مهر، مثل أن يقول: أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز. وفي المدونة من رواية عبد الرحمن أبي حازم أنه لا بأس بذلك-وفيه أيضاً-: قال الشيخ أبو عمر إنما اختلف قول مالك في الشغار، لاختلاف الناس في معنى الشغار.

^٣ في الشرح الصغير مع الصاوي (١/٣٦٦): "والفسخ قبل الدخول وبعده طلاق فإن أعاد العقد بعده كانت معه بطلقتين إن اختلف فيه بين أهل العلم بالصحة والفساد ولو خارج المذهب ولو في مذهب انقرض ولو أجمع على عدم جواز القدوم عليه ابتداء كالشغار، فإنه لا قائل بموازده، وإنما قيل بصحته بعد الوقوع، فيفسخ أبداً بالطلاق للاختلاف فيه".

ونصف مهر المثل إن طلقها قبل الدخول.^(١)

وذلك بناء على أن النهي يقتضي الفساد حصراً على حالة جعل بضع كل واحدة منهما مهراً للآخرى.

هـ- قال الجعفرية^(٢) والزيدية^(٣): زواج الشغار باطل وهو أن يقول الرجل (زوجني بنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي). ولم أطلع على التفصيل في هذين المذهبين، هل في النتيجة يتفقان مع الشافعية أو مع الظاهرية والحنابلة؟

الترجيع:

الرأي الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الشافعية من التفصيل والتفريق بين حالتي ذكر المهر وعدم ذكره، لأن علة النهي هي رعاية مكانة المرأة وعدم اعتبارها بضاعة تجري فيها المقايضة، ففي حالة وجود المهر لا تعتبر كل واحدة مهراً للآخرى، ويكون المهر المذكور فاسداً لأقترانه بالشرط الفاسد.

٢- زواج الخطبة على خطبة الفهر:

اتفق فقهاء الشريعة على تحريم الخطبة على خطبة الغير بعد الاستجابة واستقرار الخطبة الأولى وصحتها وذلك لما فيه من إلحاق الضرر والأذى بالخطيب الأول وأسرته، ولذلك نهى عنها رسول الله (ﷺ) في أقواله، منها: ((الْمُؤْمِنُ أَخُو الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ))^(٤). لكنهم اختلفوا: هل يدل هذا النهي على فسخ زواج الخطيب الثاني بناء على أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً؟ أو إن العمل حرام موجب للإثم للنهي عنه، لكن يعتبر الزواج صحيحاً لأن النهي ليس لذاته ولا وصفه اللازم؟

^١ في المذهب (٤٦/٢): - وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب المهر المثل لأن الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته.

^٢ المختصر النافع ص ٢٠٦.

^٣ الدراري المضيئة للشوكاني ٥٧/٢.

^٤ وفي رواية أبي هريرة: ((لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ)). وفي رواية ابن عمر: ((وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبَ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)). نيل الأوطار.

أ- قال جمهور الفقهاء بصحة الزواج وعدم فسخه، لأن النهي لمخرج غير لازم وهو إيذاء قلب المخاطب الأول، ولكن المخاطب الثاني عاص وآثم يستحق التأديب والتعزير.

ب- وقال داود الظاهري ومن وافقه بعدم صحته وجوب فسخه، لأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً، سواء كان لذاته أو لوصفه اللازم أم لمخرج.^(١)

ج- وللإمام مالك وأصحابه ثلاثة أقوال:

قول يتفق مع الظاهرية على أساس أن النهي في مسائل الزواج يقتضي الفساد مطلقاً وإن كان النهي لمخرج غير لازم.

وقول يتفق مع الجمهور ولا يفسخ مطلقاً وإنما يؤدب فاعله،^(٢) لأن النهي لا يقتضي الفساد ما لم يكن لذاته أو لوصف لازم أو لحق الله.

والثالث في التفصيل، يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعد الدخول، واشترط المالكية للقول بفساده وفسخه أن يتم الرضا، وأن لا يكون المخاطب الأول فاسقاً^(٣)، وأن لا يحكم حاكم بصحته، كما يشترط عند أكثرهم أن لا يبنى بها وإلا فلا يفسخ.^(٤)

الترجيح:

يبدو لي أن الراجح هو ما استقر عليه رأي الجمهور من صحة زواج الخطبة على الخطبة، مادامت أركانها وشروطه الشرعية متوفرة، حيث لا توجد صلة الزامية بن الخطبة وبين عقد الزواج، فيمكن أن يتحقق كل بدون الآخر. ثم إن الخطبة مجرد وعد، فالعدول عنها دون مبرر يعتبر عملاً منافياً للأخلاق، وليست مصدراً للإلتزام باكمال الزواج.

^١ بداية المجتهد ٣/٢. سبل السلام ٣/٣٠. وقال داود بفسخ النكاح ونعم ما قال وهو رواية عن مالك.

^٢ الخطاب ٤١٢/٣ وفيه: قال ابن القاسم لا يفسخ ويؤدب فاعله.

^٣ الخطاب ٤١٠/٣، وفيه: وحرم خطبة راكنة لغير فاسق. واشترط الركون لكونه (ﷺ) أباح خطبة فاطمة بن قيس لأسامة وقد كانت خطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم.

^٤ في الشرح الصغير والصاوي (٣٥١/١): "وحرم الخطبة الراكنة لغير فاسق ويفسخ عقد الثاني قبل الدخول بطلقة بانة وجرياً، لأن النهي لحق آدمي وهذا أحد أقوال الثلاثة، وحاصلها: الفسخ مطلقاً بنى أولاً، وعدمه مطلقاً، والفسخ إن لم يبن وعليه أكثر. هذا إذا لم يحكم حاكم بصحة النكاح الثاني وإلا لم يفسخ كالحنفى، فإنه يرى أن النهي في الحديث للكراهة، وأنه لوصف غير لازم لا يقتضي الفساد".

٣- زواج المحرم:

اختلفوا في صحة نكاح المحرم والمحرمة ومنشأ الخلاف اختلافهم في مقتضى النهي الوارد في قول الرسول (ﷺ): ((لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ))^(١).

أ- قال بعدم صحته جمهور فقهاء المسلمين، منهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والجعفرية، فقال فقهاء الجعفرية يفرق بينهما وتحرم عليه أبداً.^(٤)

ب- وقال الحنفية^(٥) ومن وافقهم^(٦): زواج المحرم والمحرمة صحيح، لأن النهي لم يتوجه إلى النكاح بمعنى عقد الزواج، وإنما المقصود منه هو الوطء، لأن لفظ النكاح ورد في اللغة العربية بمعنى عقد الزواج وبمعنى المعاشرة الجنسية، فالنهي عنه هنا هو الثاني دون الأول، بدليل أن الرسول (ﷺ) تزوج بميمونة وكان في حال الإحرام.

الترجيح:

الراجح هو قول الجمهور، لأن المحرم هو في عبادة خالصة لوجه الله، تتعارض مع تتبع القضايا النفسية والجسدية، وهو متلبس بهذه العبادة، ولأن ما رواه ابن عباس من أن رسول الله (ﷺ) نكح ميمونة وهو محرم، يعارض بما روي عن ميمونة من أن رسول الله (ﷺ) زوجها وهو حلال.

^١ عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٩٥/١٠.

^٢ في الشرح الكبير مع الدسوقي (٥٤/٣): وفسد منهى عنه أي بطل ولم يتعقد، سواء كان عبادة كصوم يوم العيد أو عقد نكاح المريض أو المحرم.

^٣ في المنهاج ومغني المحتاج (١٥٦/٣): "وأحرام أحد العاقلين من ولي ولو حاكماً أو زوج أو وكيل أحدهما أو الزوجة، بنسك ولو فاسداً، يمنع الصحة لحديث ((المحرم لا ينكح ولا يُنكح))، ولا ينقل الإحرام الولاية للأبعد لأنه لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر".

^٤ في الخلاف للطوسي (١٧٠/٢): اختلفوا في الزواج في حال إحرامها جاهلاً، فدخل بها فرق بينهما ولم يحل له أبداً. وإن كان عالماً لم يدخل بها، فرق بينهما أيضاً ولم يحل له أبداً.

^٥ في الهداية وبداية المبتدي مع فتح القدير (٢٣٢/٣ - ٢٣٣): "يُحْزَلُ لِلْمَحْرَمِ وَالْمَحْرَمَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَا فِي حَالَةِ الْإِحْرَامِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ (رَحِمَهُ اللَّهُ): لَا يَحْزَلُ لَهُ لِقَوْلِهِ (ﷺ) ((لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ)). وَلَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ (ﷺ) تَزَوَّجَ بِمَيْمُونَةَ وَهُوَ مُحْرَمٌ، وَمَا رَوَاهُ عُمَلُ عَلَى الْوَطْءِ".

^٦ واتجاه الحنفية في هذه المسألة هو قول إبراهيم النخعي والثوري وعطاء بن أبي رباح والحكم بن عتيبة وحمام بن ابن سليمان وعكرمة ومسروق.

انظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٩٥/١٠.

٤- زواج المحلل:

بعد الطلقة الثالثة تنقطع العلاقة الزوجية بحيث لا يجوز استئنافها بعقد جديد، ما لم تتزوج زوجاً آخر زوجاً طبيعياً يتم فيه الدخول الشرعي ثم تحصل الفرقة وتنتهي العدة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ أي للمرة الثالثة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(١).

لكن هناك حيلة استحدثها البعض وترجع جذورها الى العصر الجاهلي، وهي انشاء عقد زواج مؤقت بين المطلقة وبين رجل آخر على ان يتعقبه الطلاق بعد الدخول ليحللها للزوج الأول وهذا ما يسمى بزواج المحلل. وهو زواج منهي عنه من عدة وجوه: زواج مؤقت، فلا فرق بينه وبين زواج المتعة المنهي عنه.^(٢) وزواج مشروط بشرط الطلاق بعد الدخول وهو فاسد، لأنه ينافي مقتضى الزواج.^(٣) زواج ورد فيه اللعن على لسان رسول الله (ﷺ) فقال: ((لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ))^(٤) وسماه بالتيس المستعار.^(٥)

وبناء على ذلك اختلف فقهاء المسلمين في هذا الزواج من حيث الصحة والفساد ومنشأ خلافهم هو الاختلاف في مقتضى التني.

أ- قال أبو حنيفة وصاحبه عمد: العقد صحيح سواء ذكر شرط التطليق في عقد الزواج أم قبله، أم اضم ولم يذكر أصلاً وذلك بناء على اصلهم: إن الشرط الباطل غير مبطل.

أما بالنسبة لحلها للزوج الأول، فقد روي عن أبي حنيفة روايتان، ففي احدهما لا يرى ذلك إلا بزواج اعتيادي على الرغم من صحة زواج المحلل.^(٦) وهذه الرواية

^١ البقرة: ٢٣٠^٢ انظر عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١١١/٢٠ وما بعدها.^٣ عمدة القاري المرجع السابق ١٤٢/٢٠ وما بعدها.^٤ نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، من أحاديث سيد الأخيار، للشوكاني ١٥٧/٦. وفيه: "عن ابن مسعود قال: ((لعن رسول الله ﷺ) المحلل والمحلل له)) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، والخمسة، وصححه ابن قطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري.^٥ عن عتبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: ((ألا أخبركم بالتيس المستعار؟)) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: ((هو المحلل والمحلل له)). انظر المرجع السابق.^٦ الميزان الكبرى للشعراني سيدي عبد الوهاب ٩٩/٢. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة. ص ٢٠٩.

يتفق مع قول صاحبه محمد الذي ذهب إلى عدم حلها للأول بهذه الطريقة لا لبطلان زواج المحلل، وإنما لأن الزواج عقد العمر، فيقتضي الحل للأول وفاة الزوج الثاني أن الطلاق بطريقة اعتيادية لا بطريق التواطؤ، فبشرط التحليل يعتبر الزوج الأول مستعجلاً للحل، فيجأى بحرمانه من تحقيق مقصوده شأنه شأن حرمان الوارث القاتل الذي يستعجل في الحصول على الميراث بقتل مورثه.^(١)

ب- وذهب الإمام مالك وفقهائه^(٢) والإمام أحمد وأصحابه،^(٣) والزيدية^(٤) إلى اتجاه معاكس لرأي الحنفية فقالوا بفساده مطلقاً.

ج- وذهب الشافعي وأصحابه^(٥) وأبيوسف من الحنفية^(٦) والجعفرية^(٧) والظاهرية^(٨) إلى التفصيل الآتي: إن ذكر الشرط حين العقد يكون فاسداً، لأنه شرط فاسد منهي عنه ومفسد. أما إذا لم يذكر فالعقد صحيح يحقق غرض التحليل وإن كان الشرط مضراً منوياً لدى المتعاقدين. ومنشأ خلافهم هو الاختلاف في النهي المستفاد من قول رسول الله (ﷺ) ((لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ))، فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال بصحة الزواج، ومن قال اللعن يعني النهي والنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال بفساده،^(٩) ومن جهة أخرى اختلافهم في أن هذا الزواج هل هو مؤقت أو مقترن بشرط يتنافى مع مقتضاه، سواء ذكر الشرط أو

^١ شرح فتح القدير وهامشه ١٧٧/٣.

^٢ شرح صوطاً الإمام مالك للقاضي ابن وليد سليمان الباجي ٢٩٨/٣.

بداية المجتهد لأبن رشد ٤٨/٢.

شرح الحرشي ٢١٦/٣.

الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣٧٥/١.

^٣ منتهى الإرادات للإمام تقي الدين أحمد الشهير بابن النجار. ١٨٠/٢.

^٤ التاج المذهب للصنعاني ٢٨/٢، ٢٩.

^٥ الأم للشافعي ٨٠/٥. وعند الشافعية لا يضر إلا بالشرط الذي يكون في صلب العقد، فلو انفقوا عليه قبل العقد لا يضر.

^٦ فتح القدير، المرجع السابق.

^٧ شرائع الإسلام ٣٣/٢.

^٨ الحلى لأبن حزم الظاهري ١٨٠/١٠. معجم فقه ابن حزم ٧٢٥/٢.

^٩ بداية المجتهد لأبن رشد ٤٨/٢.

أضمر بناءً على تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة أولاً يعتبر كذلك ما لم يذكر الشرط صراحةً عملاً بترجيح الإرادة الظاهرة على الباطنة؟

الترجيح:

الراجح الذي يجب أن يعمل به هو الرأي القائل بفساد زواج التحليل للأسباب الآتية:

١- التحليل عادة جاهلية شجبتها الإسلام على لسان رسول الله (ﷺ) حين قال: ((لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ))، وحين قال: ((أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟)) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: ((هو المحلل والمحلل له)).

٢- التحليل مخالف لظاهر القرآن الكريم من وجوه منها العزم على الزواج قبل انتهاء العدة بالتواطئ وقد قال تعالى: ﴿... وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ...﴾^(١).

٣- عقد مؤقت لا فرق بينه وبين زواج المتعة الذي اتفق جمهور فقهاء المسلمين على بطلانه.

٤- عقد مقترن بشرط الطلاق بعد الدخول وهو شرط فاسد ومفسد لأنه يتنافى مع مقتضى العقد.

٥- استعمال للزواج في غير غايته المشروعة وحقيقته الشرعية وفي ذلك تلاعب بآيات الله وقد قال تعالى: ﴿... وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا...﴾^(٢).

٦- ما روي عن ابن عباس من أنه سئل رسول الله (ﷺ) عن المحلل، فقال: ((لا، إلا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله، ثم تذوق العسيلة))^(٣).

^١ البقرة: ٢٣٥

^٢ البقرة: ٢٣١

^٣ انظر إغاثة اللهنان لأبن قيم ٢٨٥/١.

زاد المعاد لأبن القيم ٦-٥/٤

فتاوى ابن تيمية ٦/٣٣.

ولزيد من التفصيل راجع مؤلفنا (مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة) ٢٠٥/١ وما بعدها.

ثانياً - الإختلاف في أحكام الطلاق:

١- اختلفوا في وقوع طلاق الزوجة إذا طلقها الزوج في الحيض، أو في النفاس،

أو في طهر مسها فيه:

ومنشأ خلافهم هو الاختلاف في مقتضى النهي المستفاد من أمر الله بالطلاق وقت العدة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...﴾^(١). لأن من القواعد الأصولية المأثورة العامة: (إن الأمر بالشئ نهى عن ضده). واللام في قوله تعالى (لعدتهن) بمعنى (في)^(٢) أي في الزمان الذي يصلح لعدتهن. والوقت المحدد لإيقاع الطلاق هو أن تكون الزوجة في طهر لم يمسه زوجها فيه وما عدا ذلك منهي عنه، لوصفه غير اللازم وهو الحاق الأذى بالزوجة في تطويل عدتها، وبالولد الذي قد يتكون من مسها في الطهر الذي طلقها فيه، ومن تعرض الكيان الزوجي للإنتهيار حال الفتور والزهد في الوقاع معها دون مبرر يبرره. ومن الواضح أن الإيذاء في جميع هذه الصور ليس وصفاً لازماً للطلاق حيث يتحقق كل بدون الآخر. بناء على ذلك، فمن قال إن النهي يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لذاته أم جزئه، أم وصفه اللازم، أم وصفه غير اللازم، قال بعدم وقوع الطلاق كالظاهرية^(٣)، وبعض فقهاء الزيدية^(٤). وتبنى هذا الإتجاه فقهاء الجعفرية أيضاً^(٥)، بناء على أن في النهي اشعاراً بفسدة في المنهى عنه.

^١ الطلاق: ١

^٢ تفسير القرطبي ١٨/١٥٢.

^٣ قال ابن حزم الظاهري (الملى ١٠/١٦١): والعجب من جرأة من ادعى الإجماع على خلاف هذا وهو لا يبرر في ما يوافق قوله امضاء الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، كلمة عن أحد من أصحابه، غير رواية عن ابن عمر عارضها ما هو أحسن منها عن ابن عمر... غير أن الظاهرية قالوا: إن قوله تعالى في نهاية الآية ﴿... لَعَلَّ اللَّهُ يُخَذِّثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ يدل على أن التوقيت للطلاق فيما دون الثلاث ولزوجة تكون مدخولاً بها، فإذا طلقها ثلاثاً أو طلقة ثالثة يقع الطلاق.

^٤ في البحر الزخار (٣/١٥٣): "هو طلاق محرم يأثم فاعله وإن وقع، وقال الصادق والناصر والباقر وابن عليّة هشام بن الحكم: لا يقع..."

^٥ قال فقهاء الجعفرية: "يشترط في الزوجة المطلقة المدخول بها، الطهارة من دم الحيض والنفاس إن كانت حائلاً وزوجها معها حاضر وأن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه".

غير أن جمهور فقهاء الحنابلة خالفوا هذه القاعدة على الرغم من أنهم من أنصارها، وذلك بناء على أصلهم القائل بأن النهي لوصف غير لازم إذا كان لحق آدمي لا يقتضي فساد المنهى عنه، والنهي عن الطلاق المذكور لحماية حق الإنسان وليس لحق الله، لذا قالوا: بوقوع الطلاق في الحيض وفي النفاس وفي طهر مسها فيه، لكن الزوج آثم ومع ذلك ذهب البعض منهم كابن القيم وابن عثيمين إلى الإلتزام باطلاق قاعدة (النهي يقتضي الفساد)، وقالوا بعدم وقوع الطلاق.^(١) وقال الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) وجمهور الزيدية^(٥) بوقوع الطلاق بناء على قاعدة (النهي عن الشيء لوصفه غير اللازم لا يقتضي فساد)، لكن قال المالكية: يُجبر الزوج على أن يراجعها، فإن أبى يقوم مقامه القاضي فيرجعها له على الرغم من ارادته.

الترجيح:

أرى أن القول الراجح الذي يجب الأخذ به وتعطى له صفة الإلزام في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية هو ما ذهب إليه المالكية من أن طلاق الحائض يقع ولكن يُجبر الزوج على إرجاع زوجته، فإن أبى ذلك يرجعها القاضي، لأن

انظر ايضاح الفوائد ٣/٣٠٣. الروضة البهية ٢/١٤٩. شرائع الإسلام ٢/٥٤. مستدرک الوسائل ٦/٣.

^١ انظر زاد المعاد المرجع السابق.

^٢ في الفتح القدير ٣/٤٨٠: "وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره. ويستحب أن يراجعها لقوله (ﷺ) لعمر: ((مُر ابنك فليراجعها)) وقد طلقها في حال الحيض".

وفي الهداية مع فتح القدير ٣/٤٨١: "الإستحباب قول بعض مشايخنا والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر".

^٣ في شرح المحرشي ٤/٢٩: "إذا طلقها اختياراً في حال حيضها أو نفاسها يأمره الحاكم بأن يراجعها، فإن أبى يهدده بالسجن، فإن لم يفعل هدد بالضرب. فإن لم يفعل ضرب. فإن تبادى الزمه الرجعة ويرجعها له بأن يقول: ارتفعت لك زوجتك وجاز الوطء بإرجاع الحاكم والتوارث وإن كان بلا نية من الزوج لأن نية الحاكم قامت مقام نيته".

^٤ انظر المذهب ٢/٧٩. نهاية المحتاج ٦/٥.

^٥ التاج المذهب ٢/١٢٧.

في الأخذ بمذهب مالك جمعاً بين الأدلة ورفعاً لتعارضها.^(١)

٢- اختلفوا في صحة الخلع المقترن بالمعضل:

اتفق فقهاء المسلمين على أن من منع زوجته عن بعض حقوقها، أو أساء المعاملة معها لارغامها على قبول الطلاق مقابل تنازلها عن المهر المؤجل ونفقة العدة مثلاً أو مقابل أي عوض آخر.. يُعتبر أثماً يستحق العقاب أمام الله، لأنه يُخالف قوله تعالى: ﴿...وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَغْضَبُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(٣).

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِلْمًا مُبِينًا﴾^(٤).

لكنهم اختلفوا في وقوع الطلاق إذا تم في ظل مثل هذه الظروف على عوض تلتزم بها الزوجة للزوج كالتنازل عن حقوقها أو دفع عوض له مقابل الطلاق.

ومنشأ الخلاف هو الإختلاف في مقتضى النهي الوارد في هذه النصوص القرآنية، هل يقتضي فساد العوض والطلاق معاً، أو يقتضي فساد العوض فقط، أو لا يقتضي فساد أي منهما لأنه ليس لذات الشيء ولا وصفه اللازم، وإنما خارج غير لازم وهو الحاق الضرر والأذى بالزوجة؟

أ- قال الحنفية: التصرف مكروه والطلاق واقع ولا يحل له أن يأخذ منها شيئاً ديانة، فإن فعل جاز في القضاء،^(٥) بناء على أن النهي ليس للذات ولا للوصف اللازم.

^١ لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع كتاب (مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة)، للمؤلف. ج ١، ص ١١١ وما يليها.

^٢ البقرة: ٢٢٩

^٣ النساء: ١٩

^٤ النساء: ٢٠

^٥ أحكام القرآن للجصاص ٩١/٢.. فتح القدير ١٩٩/٣ وما يليها.

ب- قال المالكية^(١) والشافعية^(٢): يقع الطلاق ولا يستحق الزوج العوض، بناء على أن النهي يفسد العوض دون الطلاق.

ج- قال الحنابلة^(٣) والمجعية^(٤) والزيدية^(٥) والظاهرية^(٦): يبطل الخلع ولا يقع الطلاق وبالتالي لا تلتزم الزوجة بشيء، فإن دفعت للزوج مالا فعليه رده إليها وإن تنازلت عن حق فالتنازل باطل والحق باق، وذلك لأن النهي الوارد في القرآن الكريم يقتضي فساد المنهي عنه من الطلاق والعوض معاً.

الترجيح:

من المعلوم أن الركن الأساس في هذا التصرف (الخلع) هو التراضي، وتلاقي إرادة الزوجين، وانتهاء رابطة الزوجية باتفاق الطرفين مقابل التزام الزوجة ببذل للزوج. فإذا اقترن هذا الاتفاق بعيب من عيوب الإرادة كالعضل والضغط والتفريس مع الغبن، فإنه باطل شأنه شأن سائر المعارضات.

فإذا كان التزام الزوجة بدفع البذل مقابل استعادة حريتها، وإن منشأ ذلك ليس نشوز الزوج أو ظلمه وإنما عدم الإنسجام لعوامل غريزية أو غيرها، كالتفاوت في

^١ شرح المحرشي ١٢/٤. بداية المجتهد ٥٦/٢.

^٢ المذهب ٧١/٢. وفيه: "فالعمل غير جائز حكماً، لكن يقع الطلاق ويسقط العوض."

^٣ في المغني (٥٤/٧): "فإن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك، لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل والعوض مردود.. روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والقاسم بن محمد وعمرو بن شعيب وحديد بن عبد الرحمن والزهرى، وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: العقد (الخلع) صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص. ولنا قوله تعالى: ﴿...وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾ وقال الله تعالى: ﴿...لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...﴾.

^٤ المختصر النافع ص ٢٧.

^٥ التاج المذهب ١٧٧/٢. البحر الزخار ١٣٩/٣.

^٦ في المحلى (٢٣٥/١٠): "الخلع هو الإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيها حقها، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي، ولا يحل الإفتداء بأحد الوجهين المذكورين أو بإجتماعهما، فإن وقع بغير ذلك فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي زوجته كما كانت، ويبطل طلاقه."

البن أو المركز الاجتماعي أو الثقافي... أو غير ذلك مما لا ذنب فيه للزوج، فمعتد لا مجال للقول ببطان الخلع وعدم ترتب آثاره.

أما إذا كان مصدر رضا الزوجة بالالتزام بدفع بدل مقابل الطلاق هو ظلم الزوج وامتناعه عن حقوقها للضغط عليها وإجبارها على قبول الخلع، فإن بطلانه يجب أن لا يكون محل التردد والشك والنقاش، فالطلاق لا يقع والعوض يرد والزوجة باقية، كما هو رأي الحنابلة والظاهرية وجماعة من الجعفرية وجمهور الزيدية.

ثم إن القول بوقوع الطلاق وبطلان التزام الزوجة بدفع العوض، فإنه بالإضافة إلى تعاوضه مع ظاهر النصوص يصطدم مع مقتضى الخلع وطبيعته المبنية على أساس المعاوضة.

ثالثاً: الاختلاف في أحكام المعاملات المالية:

نهى الإسلام عن لسان رسوله الكريم (ﷺ) عن بعض المعاملات المالية لما يترتب عليها من إلحاق الضرر والأذى بالمجتمع أو بالفرد، لأنه ما من نهي من نواهي الإسلام إلا لأن في المنهي عنه مضرة عامة أو مضرة خاصة، كما أن في كل مأمور به أمر به الإسلام مصلحة عامة أو خاصة.

ومن تلك المعاملات بيع منهي عنها لذاتها أو لوصفها اللازم، فهي محل اتفاق الفقهاء على عدم صحتها، وإلى جانبها بيع منهي عنها لخارج عنها غير لازم لها، فهذا القسم هو المعنى بدراستنا من حيث اختلاف الفقهاء في الصحة أو الفساد اختلافاً متفرعاً عن خلافهم في القاعدة الأصولية (المنهي يقتضي الفساد).

لكثرة أنواع هذا القسم نقتصر على النماذج التالية:

١- النجش: (١)

عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال: ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ النَّجْشِ)) (٢). وعن أبي هريرة (رضي الله عنه): ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَأَنْ يَتَنَاجَشُوا)) (٣).

١ النجش: يفتح النون وسكون الميم في اللقمة تنفخ الصيد واستشارته ليهضام.

٢ الحديث متفق عليه، بلغ المرام من جمع أدلة الأحكام وشرحه سبل السلام ٢٣/٣.

٣ متفق عليه، نيل الأوطار ١٨٧/٥.

النجش في الإصطلاح الشرعي: هو أن يزيد الشخص في ثمن سلعة مبرورة للبيع، لا لرغبة فيها وإنما ليخدع غيره، فإن اغترّ به انسان فاشترى فهل شراؤه صحيح؟ أجمع الفقهاء على أن النجش حرام وأن الناجش عاص بفعله ولكنهم اختلفوا في حكم البيع كما يلي:

- أ- قال الحنفية^(١) ومن وافقهم: البيع صحيح وإن كان مكروهاً، وليس للمشتري الخيار، لأن النهي خارج غير لازم له فلا يقتضي فساداً.
- ب- قال داود الظاهري، والإمام مالك في رواية^(٢)، والحنابلة في المشهور: العقد باطل لأن النهي يقتضي فساد المنهي وإن كان لوصف غير لازم. لكن اشترط الحنابلة للبطلان أن يكون النجش بمواطأة البائع أو صمته^(٣).
- ج- عند الشافعية^(٤) والجعفرية^(٥) والزيدية^(٦) وفي المشهور عن المالكية^(٧) وابن حزم

في فتح القدير مع الهداية وبداية المبتي (٤٧٦/٦-٤٧٩): "نهى رسول الله ﷺ عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء وعن السوم على سوم غيره. قال: لا يستام الرجل على سوم أخيه. ولا يهبط على خطبة أخيه، لأن في ذلك إيماشاً وأضراراً، وعن تلقي الجلب (الركبان) وعن بيع حاضر لباد، وعن البيع عند آذان الجمعة. وكل ذلك يُكره ولا يُفسد به البيع باتفاق علمائنا".
 ٢ في رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ١٤٣): "فإن اغترّ به انسان فاشترى فشراؤه صحيح عن الثلاثة (أبي حنيفة والشافعي والإمام أحمد) وقال مالك الشراء باطل".
 وفي بداية المجتهد (١٣٩/٢): "اختلفوا إذا وقع فقال أهل الظاهر هو فاسد".
 ويجب أن يحل كلام ابن رشد على رأي داود الظاهري ومن وافقه من فقهاءه، وإلا فابن حزم يرى خلاف ذلك كما يلي.

٣ في نيل الأوطار (١٨٧/٥): "أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله، واختلفوا في البيع إذا وقع ذلك. ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد البيع إذا وقع على ذلك وهو قول أهل الظاهر، ورواية عن مالك، وهو المشهور عن الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صمته، والمشهور عند المالكية في ذلك ثبوت الخيار".
 وفي الميزان الكبرى (٦١/٢): "من اغترّ بالنجش واشترى، فشراؤه صحيح وإن أشم الغار مع قول مالك ببطلان الشراء".

^١ شرح المنهج مع الجمل ٩١/٢. الوجيز ١٣٨/١-١٣٩.

^٢ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٩١/١.

^٣ في التاج المذهب (٣٨٧/٢): "حرم على فاعله وللمشتري الخيار".

^٤ الشرح الكبير مع السوقي ٥٤/٣.

الظاهري^(١): يصح البيع ويحق للمشتري الخيار.

لأن ثمة النهي عندما لا يقتضي فساد المنهي عنه، هي ثبوت الخيار للمتضرر. وهذا الرأي الثالث يتصف بطابع من الاعتدال، لذا فهو قمين بالإختيار، لأن الضرر يمكن استدراكه بالخيار في فسخ العقد.

٢- بيع حاضر لباد:

((عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ (ؓ) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ. فَقِيلَ لِبْنِ عَبَّاسٍ: مَا قَوْلُهُ لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ؟ قَالَ: لَا يَكُونُ لَهُ سِنَارًا))^(٢)
((عن أنسٍ (ؓ) بَنِي مَالِكٍ قَالَ: نُهَيْتُمَا أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَإِنْ كَانَ أَخَاهُ لِأَيِّهِ وَأُمُّهُ))^(٣).

عن أبي داود والنسائي: ((نَهَى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَإِنْ كَانَ أَبَاهُ أَوْ أَخَاهُ))^(٤).
بيع حاضر لباد: هو أن يقدم غريب (ليس من سكان بلد المشتري) بمحتاج تعيم الحاجة إليه لبيعه بسعر يومه، فيقول بلدي (من سكان بلد الشراء) اتركه عندي لأبيعه على التدرج بأغلى.

فقد أجمع فقهاء المسلمين على أنه حرام للأحاديث المذكورة ونحو الصحيحين ((وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ)).
لكنهم اختلفوا في صحته إذا وقع كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وأصحابه: لا بأس أن يبيع حاضر لباد ويخبره بالسعر وإن لم يخبره فهو مكروه، وفي كلتا الحالتين البيع صحيح، لأن النهي لم يتجه إلى ذات الفعل ولا إلى وصفه اللازم وإنما خارج غير لازم، لذا لا يقتضي الفساد^(٥).

ب- وقال الغنابلة^(١) والظاهرية^(٢) وبعض أصحاب مالك ومن وافقهم^(٣): إن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، فيكون البيع باطلاً، ورأي الغنابلة والمالكية مبني على أساس أن النهي لحق الله (حق المسلمين) فيقتضي الفساد وإن كان خارج غير لازم.

^١ في المحلى ٤٤٨/٨ -: إذا وقع فللمشتري الخيار وإنما العاصي والمنهي هو الناجش.

^٢ رواه الجماعة إلا الترمذي. نيل الاوطار ١٨٥/٥.

^٣ متفق عليه المرجع السابق.

^٤ المرجع السابق.

^٥ فتح القدير المرجع السابق ٤٧٦/٦ وما بعدها.

أما قول الظاهرية فهو نابع عن أصلهم القائل بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً.
ج- وقال الشافعية^(٤) والجعفرية^(٥): إن النهي لا يقتضي الفساد فالبيع صحيح لقول
النبي (ﷺ): ((دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ)).

الترجيح:

أرى أن الحكم بالصحة أو الفساد يتوقف على مدى تضرر المصلحة العامة بهذه
العملية، فإن أدت إلى إلحاق الضرر بالمجتمع فعندئذ يكون النهي لحق الله (الحق
العام) فيجب الأخذ بقول المالكية والحنابلة في أن النهي لخارج غير لازم يقتضي فساد
المنهي عنه، إذا كان لحق الله. أما إذا لم يؤثر العمل على مصلحة المستهلكين، فالأفقه
هو رأي الحنفية.

٣- تلقّي الركبان:

عن ابن مسعود (رضي الله عنه) قال: ((نهى رسول الله (ﷺ) عن تلقّي الركبان))^(٦). وعن ابن
سيرين (رضي الله عنه) قال رسول الله (ﷺ): ((لا تلقوا الجلب))^(٧).
والركبان هم الذين يحملون الأرزاق من منطقة سكناهم إلى منطقة أخرى لغرض
بيعها سواء كانوا ركباناً أم مشاة، جماعة أم واحداً. والتلقي هو الخروج من سوق
البيع والشراء لاستقبال هؤلاء وشراء ما يحملونه للبيع قبل وصولهم إلى السوق وقبل
معرفة سعر السوق.

^١ المغني لابن قدامة ٢٤١/٤.

^٢ في الملهى ٤٥٣/٨ - فإن فعل فسخ البيع والشراء أبداً والحكم فيه بحكم الغصب.

^٣ في فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٥٩/١٢ - ثم اختلفوا، هل يقتضي النهي الفساد أو لا؟
فذهب مالك وأحمد إلى أنه لا يصح بيع الحاضر للبادي. وذهب الشافعي والجمهور إلى أنه يصح وإن
حرم تعاطيه. وعن مالك إنما له الخيار وهو عيب من العيوب كما في المصراة. وعن ابن حبيب:
لا خيار إن لم يكن للبائع مواطاة، وقال أهل الظاهر البيع باطل مردود على بائعه إذا ثبت ذلك
عليه.

^٤ وفي المغنى المحتاج ٣٦/٢ - من المنهي عنه ما لا يبطل لرجوعه إلى معنى يقتضيه بيع حاضر لباد.

^٥ في الروضة البهية ٢٩١/١ - ترك توكل حاضر لباد.

^٦ متفق عليه، نيل الاوطار ١٨٨/٥.

^٧ فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٧٦/١٢.

وقد نهى الرسول الكريم عن هذه العملية، لأنها تضر بمصلحة المستهلكين من جهة ومصلحة أصحاب الأموال (الجالين) من جهة أخرى.

أجمع فقهاء المسلمين على عدم مشروعية تلقي الركبان، ولكنهم اختلفوا في حكم البيع والشراء بعد الوقوع كما يلي:

أ- الحنفية قالوا: العمل مكروه والبيع صحيح وليس للمغبون الخيار بناء على أصلهم القاضي بأن النهي خارج غير لازم لا يقتضي الفساد.^(١)

ب- وقال بعض المالكية والحنابلة بفساد العقد بناء على أن النهي لحق الله ويضر بالمصلحة العامة فهو يقتضي فساد النهي عنه وإن كان خارج غير لازم.^(٢)

ج- وقال الجمهور بأن البيع صحيح ولكن للمتضرر حق الخيار في الفسخ، لأن النهي لوصف غير لازم لا يقتضي الفساد ومنهم الشافعية^(٣) والمجعية^(٤) والظاهرية^(٥) وبعض الحنابلة^(٦) وبعض المالكية^(٧) والزيدية^(٨). ويلاحظ أن الظاهرية عدلوا عن قاعدتهم في هذه المسألة، لأن الأصل العام عندهم أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً.

والذي أميل إليه هو أن تعتبر المصلحة العامة معياراً للحكم بفساد هذا التصرف كما بينّا في بيع الحاضر لباد.

^١ الهداية وبداية مع فتح القدير، المرجع السابق، ٤٧٨/٦.

^٢ في نيل الأوطار (١٨٨/٥): "النهي هل يقتضي الفساد أم لا فليل يقتضي الفساد. وقيل لا وهو الطاهر لأن النهي هنا لأمر خارج. وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة".

^٣ مغني المحتاج ٣٦/٢.

^٤ الروضة البهية ٢٩٢/١.

^٥ المحلى ٤٤٩/٨.

^٦ في المغني (٣٤١/٤): "تلقى الركبان في رواية لأحمد فاسد لكن الأصح الكراهة وصحة العقد لأن النهي لا معنى في البيع".

^٧ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣٥/٢.

^٨ التاج المذهب ٣٨٥/٢.

٤- البيع بعد النداء لصلاة الجمعة:

قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(١). فقوله تعالى (ذروا) أمر في اللفظ ونهي في المعنى وهو يعتبر من صيغ النهي لأنه لطلب الكف عن الفعل.

وبناء على ذلك أجمع فقهاء المسلمين في كل عصر على منع البيع بعد النداء لصلاة الجمعة إلى أن تتم إقامتها. ولكنهم اختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ؟ فعلى من يفسخ؟ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أو لا يلحق؟ وفيما يلي الإجابة على هذه الأسئلة:

أ- ذهب فقهاء الحنفية، والشافعي وأصحابه: ^(٢) إلى أن البيع مكروه ولكنه صحيح لا يفسخ، لأن النهي ليس لذاته ولا لوصفه اللازم، وإنما لخارج هو الإنشغال المؤدي إلى ترك السعي وذلك يحصل بغير البيع. كما يمكن الجمع بين البيع والسعي أثناء السير إلى الجمعة.

ونقل عن أبي حنيفة (رحمه الله) القول بأن هذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه وفسخ البيع إذا وقع.^(٣)

ب- وللمالكية تفصيل بمجمله: منهم من قال: يفسخ مطلقاً كما ورد في المدونة، لأن النهي لحق الله يقتضي فساد المنهي عنه.^(٤)

ومنهم من قال: يفسخ بيع من جرت عادته به. فلا فسخ إذا وقع نادراً.^(٥)
ومنهم من قال: يفسخ ما لم يفت، فإذا فات ولم يبق لا يفسخ.^(٦)

^١ الجمعة: ٩. الهداية وبداية المبتدي مع فتح القدير ٤٧٦/٦ وما يليها.

^٢ شرح العبادي على المحلى على الورقات هامش ارشاد الفحول ص ٩٧.

بداية المجتهد / ١٤٠. تفسير القرطبي ١٠٨/١٨. أحكام القرآن لابن العربي ١٧٩٤/٤.

^٣ قال ابن العربي المرجع السابق: "قال الشافعي لا يفسخ بكل حال. وأبو حنيفة يقول بالفسخ في تفصيل قريب من المالكية".

^٤ أحكام القرآن لابن العربي ١٧٩٤/٤. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٨/١٨. وفيه: "قلت والصحيح فسادُه وفسخه لقوله (ﷺ): ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) أي مردود.

^٥ ومن تبني هذا الرأي هو ابن ماجشون.. انظر ابن العربي، المرجع السابق.

^٦ ومن قال به هو المغيرة. المرجع السابق.

ومنهم من حصر الحكم في الفساد والفسخ على البيع لأن ما عداه نادر لا يفسخ إذا وقع.^(١)

ومنهم من قاس غير البيع عليه لاشتراكهما في العلة وهي الذهول والإنشغال عن السعي، فقال يفسخ النكاح والإجارة وغيرهما من سائر العقود.^(٢)

ج- أما الظاهرية فهم بعد أن أكدوا بطلان البيع بناء على أصلهم القاضي بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً، قالوا: الحكم بنقص البيع فقط، ولا يشمل سائر العقود ولكنه يعم كل انسان بالغ عاقل، سواء كان مسلماً أم لا، مذكراً أم مؤنثاً، معفواً عن الصلاة لعذر أم لا.^(٣)

الترجيح:

الرأي القمين بالإختيار هو ما قال به ابن الماجشون وغيره من ان البيع يعتبر فاسداً ويفسخ ردعا بعد تكرره. أما اعتبار التكرر فهو مأخوذ من سماح الإسلام وعدم المخرج فيه. ﴿... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(٤).

وأما الفسخ بعد التكرر فلأن صلاة الجمعة واجبة بالإجماع وكل ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب وتارك الواجب عاص يستحق عقوبة تعزيرية وأقرتها الى العدالة وروح الإسلام هو الحكم بفساد تصرفه وعدم ترتب الآثار عليه.

^١ انظر أحكام القرآن لابن العربي، المرجع السابق.. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المرجع السابق.
^٢ قال ابن العربي (المرجع السابق): "والصحيح فسخ الجميع لأن البيع إنما منع للإشتغال به، فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها، فهو حرام شرعاً مفسوخ ردعا".
وقال ابن رشد (بداية المجتهد ١٤١/٢): "أما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيع، لأن فيها المعنى في البيع من الشغل به السعي الى الجمعة ويحتمل ان لا تلحق، لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع".

^٣ في الهامش (٢٦/٨-٢٧): "ولا يمل البيع بعد نزول الشمس من يوم الجمعة الى مقدار تمام الخطبتين والصلاة لا للمؤمن ولا لكافر ولا لإمرأة ولا لمريض.. وكل بيع وقع في الوقت المذكور فهو مفسوخ.. أما ادخال مالك الإجارة والنكاح في ذلك خطأ ظاهر لأن الله تعالى إنما نهى عن البيع، ولو اراد النهي عن النكاح والإجارة، لما عجز عن ذلك، أما اجازة أبي حنيفة والشافعي البيع في الوقت المذكور فخلافاً أمر الله".

وينتقد رأي الظاهرية من وجوه منها:

- ١- الخطاب موجه إلى المؤمنين فلا يشمل غيرهم.
- ٢- الخطاب خاص بالمسؤول عن السعي فلا يشمل المعفو عن الجمعة.
- ٣- غير البيع كالبيع في العلة التي جاء لأجلها الحكم.

رابعاً - الإختلاف في أحكام العبادات:

اختلف فقهاء المسلمين في أحكام بعض العبادات التي تؤدي في ظروف خاصة من حيث مدى تأثير تلك الظروف على صحتها. وأساس هذا الخلاف هو اختلافهم في القاعدة الأصولية (النهي يقتضي الفساد)، هل تشمل تلك الحالات والظروف فتبطل العبادة وتجب إعادتها أو لا تبطل، ولكن القائم بها يعتبر آثماً لما اقترن بعمله من مخالفة أو تجاوز على حق الغير؟ ومن تلك الفروع المختلف فيها ما يلي:

١- الصلاة في أرض مفصوية:

اختلف الفقهاء في صحتها:

فمن قال أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً - كالظاهرية والحنابلة - قال بفسادها ووجوب إعادتها إذا أقامها في الدار المفصوية أو أي مكان آخر مفصوب.^(١)
قال ابن حزم: "ولا تجوز الصلاة في أرض مفصوية ولا مملوكة بغير حق من بيع فاسد أو هبة فاسدة".^(٢)

ومن قال أن النهي لا يقتضي فساد الشيء ما لم يرجع إلى عينه أو جزئه أو وصفه اللازم - كالمجهور - قال بصحة الصلاة، لأن النهي خارج غير لازم وهو التجاوز على حق الغير دون مبرر ولا صلة بين الصلاة وهذا التجاوز، لأن الله أوجب الصلاة مطلقاً. وحرّم الغصب مطلقاً.^(٣)

^١ الإحكام في أصول الأحكام لإبن حزم ٣/٣٠٧.. الفروق للقرافي ٢/٨٥.

^٢ المغلي ٤/٣٣.

^٣ الدسوقي والشرح الكبير ٣/٥٤. الفروق المرجع السابق.

المذهب ١/٦٤. وفيه: "ولا يجوز أن يصلي في أرض مفصوية لأن اللبث فيها محرم في غير الصلاة، فلأن يحرم الصلاة أولى، فإن صلى فيها صحت صلاته، لأن المنع لا يختص بالصلاة".

٢- الحج بمال مفسوب (أو بمال حرام):

يسري عليه نفس الخلاف في الصلاة في الأرض المفسوبة، فمن قال: النهي يقتضي الفساد مطلقاً قال ببطلان الحج^(١) ووجوب الإعادة.
ومن قال: النهي لوصف غير لازم لا يقتضي فساد المنهى عنه، قال بصحة الحج وسقوط التكليف، ولكن يبقى مطلوباً بإعادة المال إلى مالكه الشرعي.

٣- الصلاة في المقبرة:

عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قال: ((الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام)).^(٢)

من الواضح أن النهي عن الصلاة في المقبرة ليس لذاتها ولا لوصفها اللازم، وإنما لخارج عنها، أي لأمر ليس بركن ولا شرط، وبناء على ذلك اختلف الفقهاء في حكم هذه الصلاة:

أ- قال الظاهرية^(٣) والحنابلة والهادوية وبعض الصحابة^(٤) والتابعين^(٥) ببطلاتها على أساس أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً.

ب- وقال مالك يجوزها وعدم الكراهة بناء على عدم ثبوت النهي لديه.

ج- وقال الشوكي والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي ومن وافقهم^(٦) بصحة الصلاة في المقبرة مع الكراهة، لأن النهي لا يقتضي الفساد.

الترجيح:

أ- بالنسبة للصلاة في الأرض المفسوبة أو الدار المفسوبة، فأما أن يكون المصلي غير غاصب بأن يكون مسافراً أو ضيفاً أو مضطراً صادف المكان المفسوب وقعت الصلاة فصلى فيه، ففي هذه الحالة لا موجب لإعتبار صلاته باطلة حيث لا توجد

^١ انظر الفروق للقرافي ٨٥/٢. الإحكام في أصول الإحكام، المرجع السابق.

^٢ رواه الخمسة إلا النسائي. نيل الأوطار ١٤٨/٢. بلوغ المرام مع سبل السلام ١٨١/١.

^٣ المحلى لأبن حزم ٢٧/٤. وقال ابن حزم: أحاديث النهي عن الصلاة إلى القبور والصلاة في المقبرة متواترة.

^٤ كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس.. نيل الأوطار ١٤٨/٢.

^٥ كإبراهيم النخعي وثنايف بن جبيرة وعمرو بن دينار... انظر نيل الأوطار... المرجع السابق.

^٦ نيل الأوطار ١٤٨/٢-١٤٩، بلوغ المرام مع سبل السلام ١٨١/١.

صلة بين الصلاة وبين وجوده بصورة وقتية في هذا المكان وهو بريء عن جريمة الغصب.

أما إذا كان المصلي هو الغاصب نفسه وكان متعمداً راضياً بفعل الغصب، فهو عندئذ لا صلاة له حتى يحكم عليها بالصحة أو الفساد لأن الصلاة الحقيقية المقصودة لله تعالى هي التي تنهى المصلي عن الفحشاء والمنكر، كما جاء في القرآن الكريم: ﴿... إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ...﴾^(١). ومن الواضح أن الغصب من كبائر المنكرات.

ب- والحج بمال غير مشروع لا أرى وجهاً لإعتباره باطلاً، لأنه بعد وصوله إلى مكة المكرمة يصبح مشمولاً بقوله تعالى: ﴿... وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...﴾^(٢)، حيث تتحقق له الإ استطاعة الفعلية المشروعة بفض النظر عن عدم مشروعية الوسيلة، فحينئذ يجب عليه الحج، فإن أداه وراعى جميع أركانه وشروطه فلا يمكن أن يحكم عليه بالبطلان.

ج- في الصلاة على المقبرة: إن كانت علة النهي عدم نظافة المكان، فلا اشكال في عدم صحتها، لأن نظافة المكان من شروط الصحة، وإن كانت العلة هي تقديس المقبرة أو قبر من القبور فيها، كما كانت الحال في الجاهلية، أو كما هو الحال في الوقت الحاضر بالنسبة لبعض الأماكن وبعض الناس، فالمفروض أن يحكم بعدم صحة الصلاة، مادام المصلي يجمع بين تقديسين: تقديس المكان وتقديس الرب الذي يركع ويسجد له، لأن في ذلك نصيباً من الشرك ولو بنسبة ضئيلة.

أما إذا لم يكن في ذهن المصلي سوى تقديس ربه وكان المكان نظيفاً، ففي اعتقادي أن الصلاة صحيحة ولا وجه للحكم عليها بالبطلان، مادام الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

^١ العنكبوت: ٤٥

^٢ آل عمران: ٩٧

المطلب الرابع

المطلق والمقيّد وأثرهما على الاختلاف في الأحكام

للمطلق والمقيّد أثر كبير على اختلاف الفقهاء من حيث الإعتبار المطلق باقيا على إطلاقه عند بعض ومقيّداً بقيد يستند إلى دليل عند غيرهم. ولزيادة الإيضاح والفائدة، نوزّع تفاصيل هذا الموضوع على فرعين بحيث يتضمن الأول منهما حقيقة المطلق والمقيّد وأحكامهما. ويتناول الثاني أحكام لفظ ورد مطلقاً في نص ومقيّداً في نص آخر.

الفرع الأول

حقيقة المطلق والمقيّد وأحكامهما

المطلق والمقيّد نوعان من أنواع الخاص ويقابل كل منهما الآخر.

المطلق: هو لفظ يدل على فرد أو أفراد شائعة، ولم يقتن بقيد مستقل يقلل من شيعه. مثل: شاهد، ولي، شهادة، جريمة، عقوبة، أيام... إلى غير ذلك من كل لفظ يدل على ما وضع له على سبيل الشيع، ولم يقيد من الوصف أو الشرط أو المكان أو الزمان أن ما يشبه ذلك.

المقيّد: هو لفظ دل على فرد أو أفراد شائعة، لكن اقتن به قيد أو أكثر، قلل من شيعه مثل: شاهد عدل، ولي مرشد، شهادة زور، جريمة القتل، عقوبة القصاص، أيام متتابعات...

ومراتب المقيّد تتفاوت بكثرة وقلة القيود حيث يكون القيد أكثر من واحد، كما في قوله تعالى: ﴿عَسَىٰ رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبَدِّلَهُ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِّنْكُمْ مَّسْلُمَاتٍ مِّمَّنَّاتٍ قَاتِنَاتٍ تَابِتَاتٍ عَابِدَاتٍ سَائِحَاتٍ ثِيَابٍ وَأَبْكَارًا﴾^١.

حكم المطلق:

من المسلم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً، فالأصل أن يعمل به كما ورد مطلقاً ما لم يتوفر دليل على تقييده.

ففي معرض تفسير النص، ليس من حق المفسر أو المجتهد أو القاضي... أن يقلل من شمول اللفظ المطلق، ما لم يتم دليل على تقييده، بحيث يثبت أن المراد من اللفظ الشائع فرد معين.

ومن هذا القبيل، لفظ (أيام) ورد مطلقاً عن قيد التتابع في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ...﴾^(١). فيبقى على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده، وذلك لأنه نوع من أنواع الخاص يدل على الموضوع له دلالة قطعية. ومقتضى ذلك أن من أفطر في نهار رمضان المبارك من أجل مرض أو سفر أو أي عذر آخر، لا يجب عليه التتابع في صيام الأيام التي يلزمه صيامها بدلاً من الأيام التي أفطرها، بل له أن يصومها متتابعة أو متفرقة.

ومثل لفظ (نساءكم) ورد مطلقاً عن التقييد بالدخول في قوله تعالى: ﴿...وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ...﴾^(٢) أي حُرِّمَتْ عليكم أمهات نساءكم، ولم يثبت دليل على تقييده بالدخول. وبموجب هذا الإطلاق تحرم أم الزوجة على زوج بنتها بمجرد عقد الزواج، فإذا طلقها قبل الدخول لا يجوز له أن يتزوج بأُمها، لأنها أصبحت محرمة تحريماً مؤبداً بمجرد عقد زواج البنت.

وكذلك لفظ (أزواجاً) ورد مطلقاً عن قيد الدخول في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَضَّوْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً...﴾^(٣).

وبناء على هذا الإطلاق يجب على زوجة المتوفى عنها زوجها التريص خلال هذه المدة المحددة سواء كانت مدخولاً بها^(٤) أو لم تكن مدخولاً بها.

^١ البقرة: ١٨٤

^٢ قال سبحانه وتعالى في حرمان الزواج تحريماً مؤبداً ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَنِسَائُكُمْ وَأَخْوَاطُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَنِسَاتُ الْأَخِ وَنِسَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخْوَاطُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ...﴾ النساء: ٢٣

^٣ البقرة: ٢٣٤

ومثل ذلك آيات الموارث الواردة المطلقة في ميراث أحد الزوجين من الآخر، فإذا مات أحدهما بعد عقد الزواج وقبل الدخول، يرثه الآخر أخذاً بإطلاق النص.

أما إذا قام دليل على تقييد المطلق وصرفه عن المعنى المراد منه ظاهراً فيصبح مدلوله مقيداً، وينتفي عنه الشيوع في أفراد، مثل لفظ (وصية) ورد مطلقاً في قوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾^(٢). وكذلك في الآيات الأخرى. ولكن قام الدليل على تقييدها بالثلث لأنه ثبت عن الرسول (ﷺ) نهي عن الوصية بأكثر من ثلث التركة حين قال لسعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه): ((الثلث والثلث كثير))^(٣) فيكون المراد من الوصية في الآية الكريمة الوصية المقيّدة بمحدود الثلث عملاً بمقتضى قول الرسول (ﷺ)، لأن من وظائف السنة النبوية بيان القرآن الكريم بمقتضى التحويل الوارد في قوله تعالى: ﴿...وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾^(٤). ومن جملة البيان تقييد المطلق، وتخصيص العام.

حكم المقيّد:

إذا كان من الواجب أن يؤخذ بالمطلق على إطلاقه حتى يثبت تقييده، فإن من الواجب أيضاً العمل بالمقيّد ومراعاة القيد وعدم العدول إلى الإطلاق وإهمال القيد إلا بدليل يدل على إلغائه.^(٥)

ويعتبر من ذلك تتابع الشهرين في كفارة القتل خطأ، كما ورد في قوله تعالى: ﴿... فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ...﴾^(٦). وفي كفارة الظهار كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا...﴾^(٧).

^١ ما لم تكن حاملاً ولاً فعدتها بوضع الحمل عند الجمهور. وبأبعد الأجلين من وضع الحمل ومن العدة المذكورة في الآية عند غيرهم وبه أخذ المشرع العراقي في المادة (٣/٤٧).

^٢ النساء: ١١

^٣ روي عن سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) أنه قال: يَا رَسُولَ اللَّهِ (ﷺ) أَنَاذُو مَالٍ - وَفِي رواية كثير المال - لَا يَرْضِي إِلَّا ابْنَةً وَاحِدَةً، أَفَاتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ إِفَاتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ (نصفه)؟ قَالَ: لَا. فَقُلْتُ: أَفَاتَصَدَّقُ بِثُلُثِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ مِثْلُهُ، إِنَّكَ أَتَدْرِي وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْرَهُمْ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ.. سبل السلام ١٣٧/٢.

^٤ النحل: ٤٤

^٥ إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٦٤.. شمس الأصول ٧٧/١.

ففي هاتين الكفارتين حدد النص مقدار المدة الزمنية مقيداً بوصف التتابع، فيجب العمل بهذا القيد ما لم يثبت دليل على خلاف ذلك، وكما لا يجوز الإخلال بالمقدار المنصوص وهو الشهران، كذلك لا يجوز إهمال الوصف المقيد به وهو التتابع حين الأداء، وإلا فلا تُعتبر الكفارة مسقطاً للتكليف.

أما إذا دلّ دليل على إلغاء القيد وعدم اعتباره، فإن المقيد يكون حكمه حكم المطلق الذي لم يقيد أصلاً، كلفظ (ربائبكم) قيد حجور في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ...﴾^(١). فهذا القيد (في حجوركم) قد قام الدليل على إلغائه وعدم اعتباره وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ...﴾^(٢). وبناء على ذلك يمل الزوج بالريبة (بنت الزوجة من الزوج السابق المتبينة في بيت الزوج الجديد) إذا طلق أمها قبل أن يدخل بها، لأن القيد المعتبر في الحكم في هذه الآية الكريمة هو الدخول، سواء تحقق الحجور أم لا، فوجوده وعدمه سياتى. بخلاف قيد الدخول فإنه معتبر.

والسر في تحريم أم الزوجة بمجرد عقد زواج بنتها وعدم تحريم البنت بزواج أمها ما لم يتم الدخول بها، هو أن الزوج بحاجة إلى أم الزوجة منذ لحظة الزواج من حيث الرعاية والقيام بالأمور المتعلقة بإكمال متطلبات الزواج، ويعتضى ذلك يحتاج الزوج إلى الاختلاط بأم زوجته سرّاً وعلناً، فعلى هذا الأساس اعتبر التشريع الإلهي أم الزوجة محرمة تحريماً مؤبداً بمجرد عقد الزواج ببنتها، بخلاف الزواج بالأم، لعدم حاجتها إلى مساعدة ورعاية البنت.

وللإختلاف في العمل بالمطلق كما ورد مطلقاً وفي تقيده بقيد يستند إلى ما يؤيد التقييد أثر كبير على اختلاف الفقهاء في بعض الأحكام الشرعية، منها الإختلاف في حكم الرضاع من حيث المقدار المحرّم بعد أن ورد النص مطلقاً عن هذا التحديد في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ...﴾^(٣). أي حرّمت عليكم أمهاتكم اللاتي أرضعنكم. وفي قول الرسول (ﷺ): ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)).

^١ النساء: ٩٢

^٢ المجادلة: ٤

^٣ النساء: ٢٣

^٤ النساء: ٢٣

^٥ النساء: ٢٣

أ- ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة في رواية^(٣) وبعض من الصحابة والتابعين، إلى أنه لا فرق بين قليل الرضاع وكثيره في التحريم، لأن النص في كل من القرآن الكريم والسنة النبوية ورد مطلقاً من غير تفصيل وتقييد، والمطلق من الخاص وهو يدل على الحكم دلالة قطعية، فلا يجوز صرفه عن معناه إلا بدليل قطعي، ولم يثبت ذلك ولأن تقييد الإطلاق بزيادة، ولا تجوز الزيادة على القرآن بسنة الآحاد.

ب- وقال جمهور الفقهاء بتقييد المطلق الوارد في القرآن الكريم بالأحاديث التي رويت عن الرسول (ﷺ) وهي تتضمن تحديد المقدار المحرم من اللبن، لأن من وظائف السنة النبوية تخصيص العام وتقييد المطلق. ومن عمل بهذا التقييد: الشافعية^(٤) والظاهرية^(٥) والحنابلة في الرواية المشهورة^(٦)، والتحديد في نظر هؤلاء الفقهاء يكون بما لا يقل عن خمس رضعات. وقال الجعفرية بأكثر من ذلك حسب التفصيل الوارد في مراجعهم الفقهية.^(٧)

^١ في فتح القدير وتكملته والهداية شرح بداية المبتدي (٤/٤٤١): "ولنا قوله تعالى: ﴿وَأَمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ وقوله (ﷺ) ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)). من غير فصل في الكتاب والسنة، والزيادة على الكتاب بخير الواحد لا يجوز".

^٢ في الشرح الصغير مع الصاوي (١/٤٧٧ - ٤٧٨): "يحرم الرضاع بوصول لبن امرأة وإن كانت ميتة أو صغيرة لم تنطق الوطاء، لجوف رضيع لا كبير ولومصة واحدة، رد بالمبالغة على الشافعية القائلين لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات".

^٣ في المغني لابن قدامة (٧/٥٣٥): "وعن احمد رواية ثانية ان قليل الرضاع وكثيره يحرم، وروي عن علي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب... ومالك والأوزاعي واصحاب الرأي، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿...وَأَمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرُّضَاعَةِ...﴾ وقوله (ﷺ) ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)).

^٤ في شرح التحرير مع الشرقاوي (٢/٣٢٥): "ولا تثبت حرمة إلا بكون اللبن لأدمية بلغت تسعاً، بوصله الجوف، ويكون الرضيع لم يبلغ حولين، ويكون الرضاع في حياته المستقرة. فلا يثبت بلبن ميتة، ويكونه خمس رضعات يقينا، فلا أثر لدونها ولا مع الشك فيها".

^٥ في المحلى (٩/١٠): "ولا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات يقينا، فلا أثر لدونها ولا مع الشك فيها".

^٦ في المغني (٧/٥٣٥): "والذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً، هذا الصحيح في المذهب".

^٧ في المختصر النافع (ص ٢٠٠): "من أسباب التحريم الرضاع، وشروطه أربعة:

١/ أن يكون اللبن عن نكاح، فلو در أو كان من الزنا لم ينشر.

٢/ الكمية وهي ما اثبت اللحم وشد العظم أو رضاع يوم وليلة، ولا حكم لما دون العشر.

ونستنتج من هذا العرض أن منشأ الخلاف هو التعارض بين الإطلاق الوارد في القرآن الكريم وبين التحديد الموجود في بعض أحاديث الرسول (ﷺ)، منها ما روي عن عائشة (رضي الله عنها): ((لا تهرم المصة ولا المصتان))، وعنهما أنها قالت: ((وكان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات)). وعنهما أيضاً: ((أن رسول الله (ﷺ) أمر امرأة أبي حذيفة فأرضعت سالماً خمس رضعات وكان يدخل عليها بتلك الرضاعة)).^(١)

فمن قيّد إطلاق القرآن بهذه الأحاديث وغيرها قال بتحديد الكمية المحرمة من اللبن وعمل بمقتضى التقييد.

ومن قال أن المطلق في القرآن لا يقيّد بأحاديث الآحاد عمل به كما ورد مطلقاً فقال أن قليل اللبن وكثيره يؤدي إلى ثبوت التحريم المؤبد.

وأميل إلى التحديد بخمس رضعات، لأن الأحاديث الواردة به يعزز بعضها بعضاً من حيث قوة الحجية، ولأن التقييد ليس نسخاً وإنما هو بيان، فيجوز بيان مطلق القرآن بحديث الآحاد.

٣/ أن يكون في الحولين.

٤/ أن يكون اللبن لفعل واحد فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان".

قال ابن رشد (بداية المجتهد ٢/٢٩): "أما مقدار الهرم فإن قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه.. وقال طائفة بتحديد القدر الهرم، والسبب في اختلافهم معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد".

الفرع الثاني حمل المطلق المقيّد

ظهر لعلماء الأصول والفقه من الإستقراء التام للنصوص التي فيها لفظ مطلق وآخر مقيّد دون وجود ما يدل على لزوم العمل بأحدها، أن صورهما تنحصر في الأوجه التالية:

- ١- اتحاد الحكمين والسببين في النصين والإطلاق والتقييد في الحكم.
- ٢- اتحاد الحكمين والسببين في النصين والإطلاق والتقييد في السبب.
- ٣- اختلاف الحكمين والسببين في النصين والإختراق والتقييد في الحكم.
- ٤- اختلاف الحكمين واختلاف السببين والإطلاق والتقييد في الحكم.

وهم مبدئياً اتفقوا على جواز حمل المطلق على المقيّد ولكن اختلفت انظارهم في الحالات التي يصح فيها هذا الحمل، فأدّى ذلك الى اختلافهم في بعض الأحكام الفرعية، لأن تفاوت الأنظار في الأصول ينبئ عليه الإختلاف فيما يتفرع عنها من فروع الأحكام. لذلك نتكلم فيما يلي عن موقف العلماء من حمل المطلق على المقيّد في الصور المذكورة:

الصورة الأولى: اتحاد الحكم والسبب والإطلاق والتقييد في الحكم:

وقد نقل البعض الإتفاق عن حمل المطلق على المقيّد في هذه الصورة، قال الشوكاني^(١): "وقد نقل الإتفاق في هذا القسم القاضي أبو بكر الباقلاني، والقاضي عبد الوهاب، وابن فورك، والكيّا الطبري، وغيرهم". وهو قد أيّد هذا الإتفاق، وبه قال السالمي الأباضي^(٢). وإليه ذهب الآمدي حيث يقول: "وإن لم يختلف حكمهما فلا يخلوا إما أن يتحد سببهما أو لا يتحد، فإن اتحد سببهما، فإما أن يكون اللفظ دالاً على اثباتهما أو نفيهما، فإن كان الأول كما لو قال في الظهار: اعتقوا رقبة، ثم قال اعتقوا رقبة مؤمنة، فلا نعرف خلافاً في حمل المطلق على المقيّد ههنا"^(٣).

^١ انظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٦٤ - ١٦٥.

^٢ شمس الأصول مع طلعة الشمس للسالمي الأباضي. ٨١/١.

^٣ راجع الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦٣/٢). ويلاحظ أن الآمدي قيّد الإتفاق بكون المطلق والمقيّد مثبتين أولاً لكن عمم الإتفاق بعد ذلك فقال: "وأما إذا كان دالاً على نفيهما أو نهي عنهما، فهذا أيضاً مما لا خلاف في العمل بدلولهما والجمع بينهما. ومعلوم أن الجمع لا يكون إلا

وبعد التتبع تبين لي أن دعوى الإتفاق في هذه الصورة أو نفي الخلاف فيها غير صحيحة، وذلك لشبوت الاختلاف بين أبي حنيفة والشافعي فيها، وتفرع عن ذلك اختلافهما في بعض المسائل الفرعية. ويدل على ذلك قول الزبجاني في كتابه (تفريج الفروع على الأصول): "ذهب أبو حنيفة (رحمه الله) ومن تابعه من الأصوليين إلى أن المطلق والمقيّد إذا وردا في حادثة واحدة، لا يُحمل المطلق على المقيّد، لأن كلام الحكميم عمول على مقتضاه ومقتضى المطلق الإطلاق والمقيّد التقيّد.. وقال الشافعي (رحمه الله): يُحمل المطلق على المقيّد، لأن الحكميم إنما يزيد في الكلام لزيادة في البيان، فلم يحسن الغاء تلك الزيادة بل يحصل كأنه قالهما معاً، ولأن موجب المقيّد متيقن وموجب المطلق محتمل"^(١).

ويتفق المالكية^(٢) والحنابلة^(٣) مع الشافعي في حمل المطلق على المقيّد في هذه الصورة.

ومن المسائل الخلافية المتفرعة عن هذا الأصل ما يلي:

أ- اختلف أبو حنيفة والشافعي في شهادة الفاسق، فذهب الشافعي ومن وافقه إلى أن الزواج لا ينعقد بحضور شاهدين فاسقين لقوله (ﷺ): ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)).^(٤) إذ الحديث نص على تقييد الشهادة بالعدالة منطوقاً، فيدل بمنطوقه على صحة الزواج بشاهدين عدلين وبمفهومه على عدم صحته بشاهدين فاسقين. وذهب أبو حنيفة ومن وافقه إلى انعقاد الزواج بحضور شاهدين فاسقين لقوله (ﷺ): ((لا نكاح إلا بولي وشهود)).^(٥) إذ النص ورد هنا مطلقاً فيُعمل به على إطلاقه.^(٦)

بحمل المطلق على المقيّد". وكذلك أدعى التلمساني من المالكية الإتفاق في هذه الصورة. مفتاح الوصول ص ١٠٧.

^١ تفريج الفروع ص ١٣٤ فما بعدها.

^٢ مختصر التحرير ص ١٤.

^٣ مختصر التحرير ص ١٤.

^٤ الحديث رواه عن عمران بن حصين عن النبي (ﷺ) الإمام أحمد في رواية ابنه عبدالله وباللفظ نفسه أخرجه البيهقي من رواية عائشة. وقال الشافعي (رحمه الله) روي عن الحسن ابن أبي الحسن، أن رسول الله (ﷺ) قال: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))، كما رواه البيهقي بهذا اللفظ. السنن الكبرى للبيهقي ١٢٥/٧ - ١٢٦، الطبعة الأولى.

^٥ الحديث رواه أبو بردة بن أبي موسى عن أبيه قال رسول الله (ﷺ): ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ)). رواه أحمد والأربعة وصححه ابن المديني والترمذي وابن حبان وأعله بإرساله. سبل السلام ١٩٩/٣.

^٦ بداية مع الهداية وشرح فتح القدير ١٩٩/٣.

ب- اختلف الإمامان أيضاً في ولاية الفاسق، فذهب الشافعي ومن وافقه إلى أن الفاسق لا يلي التزويج بالقرابة، لقوله (ﷺ): ((لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)).^(١) لأن الحديث يدل بمنطوقه على صحة الزواج بالولي المرشد وبمفهومه على عدم جوازه من الولي الفاسق.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الفاسق يلي التزويج بالقرابة لقوله (ﷺ): ((لا نكاح إلا بولي وشهود))، إذ النص ورد هنا مطلقاً فيجب أن يعمل به على إطلاقه. ويبدو لي أن الخلاف بين الشافعي وأبي حنيفة في حمل المطلق على المقيّد يعود إلى خلافهما في حجية المفهوم وعدم حجيته. فالشافعي ممن يقول بحجية المفهوم ولا يقول بها أبو حنيفة كما سيأتي.

الصورة الثانية: اتحاد الحكمين والسببين والإطلاق والتقييد في السبب:

وهي كسابقتها نقل بعض العلماء الإتفاق في حمل المطلق على المقيّد فيها ومنهم الآمدي.^(٢)

غير أن الخلاف فيها أيضاً ثابت بين الحنفية ومن وافقهم وبين الشافعية ومن وافقهم، فذهب الحنفية إلى عدم حمل المطلق على المقيّد^(٣)، لأن الأصل التزام ما جاء عن الشارع في دلالات ألفاظه على الأحكام، فالمطلق على إطلاقه والمقيّد على تقييده، لأن كل نص حجة قائمة بذاتها، فالتقييد تضيق من غير أمر الشارع. ولأن الحمل يكون لدفع التعارض بين النصين، فإذا لم يقع بينهما أي تناف فليس هناك ما يمنع أن تتعدد الأسباب لحكم واحد، كانتقال الملكية، فإن لها اسباباً كثيرة فيثبت بأي واحد منها.^(٤)

وذهب الشافعي ومن وافقه إلى حمل المطلق على المقيّد وإلى أن المقيّد بيان للمطلق وذلك لتحقق التنافي بينهما، لأنهما واردان في أمر واحد، والأمر الواحد لا يجوز أن يكون مقيداً ومطلقاً في آن واحد، ولهذا لا بد من جعل المقيّد أصلاً يبين به المطلق لأن المطلق ساكت عن القيد والمقيّد ناطق به فهو أولى بأن يكون أصلاً، ولأن في عدم الحمل عدم فائدة القيد ونصوص الشارع تنتزه عن العبث.

^١ أخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن ابن عباس. راجع السنن الكبرى ١١٢/٧.

^٢ راجع الأحكام في أصول الأحكام ١٦٣/٢.

^٣ انظر التحرير مع التقرير والتحير ٢٩٦/١.

^٤ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ٢٧٥/١ - ٢٧٦.

وكان لهذا الخلاف أثره في اختلافهم في بعض الأحكام الفقهية، فذهب الشافعية ومن وافقهم إلى عدم وجوب صدقة الفطر على السيد عن عبده الكافر، بل عن العبد المسلم فقط. وقال الحنفية ومن وافقهم بوجوبها عليه عن الكافر والمسلم على حد سواء..

والأصل في هذه المسألة تعارض حديثين أحدهما مطلق والآخر مقيد، فمنهم من قدم المطلق على المقيّد وعمل بمقتضاه، ومنهم من حمل المطلق على المقيّد فعمل بموجب التقييد. إذ ورد عن ابن عمر (رضي الله عنه) أنه قال: ((فرض رسول الله ﷺ)) زكاة الفطر صاعاً من تمر وصاعاً من الشعير على العبد والحُر والذكر والأنثى والصغير والكبير من المسلمين، وأمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة)) متفق عليه.^(١) فهنا قيد العبد بكونه مسلماً فقال به الجمهور.

وأخرج البيهقي من حديث عبدالله بن أبي ثعلبة أو ثعلبة بن عبدالله مرفوعاً: ((أدوا صاعاً من قمح عن كل إنسان ذكر أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، غنياً أو فقيراً أو مملوكاً، أما الغني فيزكيه الله وأما الفقير فهد الله عليه أكثر مما أعطى)).^(٢) وفي رواية أخرى ((أدوا صدقة الفطر عن تمون))^(٣) وهنا ورد النص مطلقاً، فذهب إليه الأحناف.^(٤)

وما يذكر هنا هو أن الحنفية لم يلتزموا بهذه القاعدة في زكاة الإبل في حديث (في خمس من الإبل شاة) وحديث (وفي خمس من الإبل السائمة شاة)^(٥)، على الرغم من كون الموضوع واحداً والإطلاق والتقييد في سبب الحكم، حيث ذهبوا مع الشافعية إلى حمل المطلق على المقيّد وأوجبوا الزكاة في السائمة فقط دون المعلوفة، خلافاً لقاعدتهم من إبقاء المطلق على إطلاقه.

وقد يُجاب عنهم^(٦) بأن هذا ليس مبنياً على حمل المطلق على المقيّد، بل مبني على

^١ انظر سبل السلام ١٢٥/٢ - ١٢٦.

^٢ انظر سبل السلام ١٣٨/٢.

^٣ أخرجه الدار قطني والبيهقي واسناده ضعيف.. راجع المصدر السابق.

^٤ راجع المذهب للشيرازي ١٦٣/١. والمغني لإبن قدامة ٥٦/٣. حاشية الدسوقي على الدردير (٥٠٥/١). نيل الأوطار (١٥٤/٤). تحرير الفروع للزنجاني ص ١٣٥. الأحكام لأبن دقيق العيد (٤٠٥/١).

^٥ راجع السبب الكبرى ٩٨/٤ - ١٠٢ لتفصيل الحديثين.

^٦ راجع فتح القدير ١٧/٢ فما بعدها.

النسخ، فالمقيّد جاء متأخراً، فكان ناسخاً للمطلق، غير أن هذا الجواب على تقدير صحة تأخر المقيّد عن المطلق، إنما ينهض إذا قيل بحجية مفهوم المخالفة حتى يتم التعارض بين النصين، لأنه شرط النسخ وهم لا يقولون بذلك، ثم لو فرض هذا أيضاً، فإن المنطوق أقوى دلالة من المفهوم، فيُعمل به ويكون السبب مطلقاً.^(١)

الصورة الثالثة: أن يختلف الحكمان والسببان، وهنا اتفقت كلمة الفقهاء على عدم المطلق على المقيّد:

وحكى الإتفاق على ذلك القاضي أبو بكر الباقلاني، وإمام الحرمين والكيّا الهراسي الطبري، وابن البرهان والآمدي، والسالمي والأباضي وغيرهم.^(٢) وذلك كلفظ الأيدي الوارد مطلقاً في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾.^(٣) الوارد مقيّداً بالمرافق في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾.^(٤) والحكم في النصين مختلف، ففي الأول وجوب القطع وفي الثاني وجوب الغسل. كذلك السبب، ففي الأول هو السرقة وفي الثاني إرادة أداء الصلاة أو القيام لها.

الصورة الرابع: أن يختلف الحكمان ويتحد السببان:

وذلك كلفظ الأيدي الوارد مطلقاً في آية التيمم ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ...﴾.^(٥) والوارد مقيّداً في آية الوضوء بالمرافق، والحكمان مختلفان، لأن الأول وجوب المسح والثاني وجوب الغسل، والسببان متحدان لأنهما القيام إلى الصلاة وإرادة فعلها.

^١ ولكن هذا كله لا يدل على أن الحنفية لم يُقروا حمل المطلق على المقيّد، بل عملوا بهذه القاعدة في بعض الحالات وخالفوها في بعض أخرى. ويدل على ذلك ما قاله ابن عابدين من أن حمل المطلق على المقيّد عند اتحاد الحكم والحادثة، مشهور عندنا مصرح به في متن المنار والتوضيح والتلويع وغيرها، فما استند إليه من كلام النهاية غير مسلم. انظر رد المحتار ٥٥٤/٤.

^٢ راجع إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٦٤. شمس الأصول للسالمي الأباضي ٨١/١. المحصول القسم التحقيقي ج ١، ق ٢١٤/٣.

^٣ المائدة: ٣٨

^٤ المائدة: ٦

^٥ المائدة: ٦

وَأَدْعَى البعض أن هذه الصورة ليست محل الخلاف أيضاً، بل الكل متفقون على امتناع الحمل ومن ادعى ذلك هو الأمدي أيضاً، فقال: "فإن اختلف حكمهما فلا خلاف في امتناع حمل أحدهما على الآخر، سواء كانا مأمورين أو منهيين، أو أحدهما مأموراً والآخر منهيّاً، وسواء اتحد سببهما أو اختلف..."^(١)

ولكن الواقع هو خلاف ذلك لثبوت الاختلاف في هذه الصورة أيضاً. قال النووي في المجموع: ^(٢) "وأما قدر الواجب من اليدين-أي في التيمم- فالمشهور في مذهبنا أنه إلى المرفقين، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر العلماء". وقال عطاء ومكحول والأوزاعي وأحمد وإسحاق إلى الكفين. وحكى الماوردي وغيره عن الزهري أنه يجب مسحهما إلى الإبطين.

ثم قال النووي: واحتج أصحابنا بأشياء كثيرة لا يظهر الإحتجاج بها، فتركناها وأقر بها: أن الله تعالى أمر بفصل اليدين إلى المرفقين في الوضوء. وقال في آخر الآية ﴿...فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ...﴾، وظاهره أن المراد الموضوفة أولاً بالمرفاق وهذا المطلق محمول على ذلك المقيّد لاسيما وهي آية واحدة.^(٣)

ثم قال: وذكر الشافعي (رحمه الله) هذا الدليل بعبارة أخرى فقال كلاماً معناه: أن الله تعالى أوجب طهارة الأعضاء الأربعة في الوضوء في أول الآية، أسقط منها عضوين في التيمم في آخر الآية، فبقى العضوان في التيمم على ما ذكرنا في الوضوء، إذ لو اختلفا لبيّنهما".^(٤)

وقال الحنفية أيضاً بوجوب العمل بالمقيّد ولكن لا عن طريق قاعدة حمل المطلق على المقيّد، بل عن طريق التمسك ببعض الآثار،^(٥) أو لأن المراد بالكفين الذراعان إطلاقاً لاسم الجزء على الكل.^(٦)

^١ راجع الأحكام في أصول الأحكام للامدي ١٦٢/٢.

^٢ انظر المجموع النووي ٢١٣/٢.

^٣ المرجع السابق.

^٤ المجموع ٢١٤/٢.

^٥ كحديث جابر بن عبد الله قال النبي (ﷺ): ((التيمم ضربة للوجه وضربة للذراعين إلى المرفقين)) رواه الحاكم والدارقطني.

^٦ راجع فتح القدير ١٢٦/١.

وذهب جمهور المالكية^(١) والحنابلة^(٢) إلى عدم حمل المطلق على المقيّد وإلى عدم وجوب المسح إلى المرفقين، بل يكفي المسح إلى الكوعين.

الصورة الخامسة: أن يختلفا في السبب ويتحدا في الحكم:

كإطلاق الرقبة في كفارة الظهار الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَّصِلَا...﴾^(٣). وتقييدها بالإيمان في كفارة قتل الخطأ في قوله تعالى: ﴿... وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ...﴾^(٤).

فالحكم في النصين واحد وهو وجوب تحرير الرقبة، والسبب يختلف وهو الظهار في النص الأول والقتل خطأ في الثاني.

فذهب الحنفية ومن وافقهم إلى إبقاء المطلق على إطلاقه والمقيّد على تقييده، فيعمل بكل منهما في مجاله.^(٥)

وذهب الشافعية ومن وافقهم إلى حمل المطلق على المقيّد، لكن اختلفوا في التفصيل، يرى جمهورهم الحمل دون شرط فهو حمل من طريق اللفظ.

قال الشيرازي: فمن أصحابنا من قال يُحمل من جهة اللفظ، لأن القرآن من فاتحته إلى خاتمته كالكلمة الواحدة.^(٦)

ويرى المحققون منهم الشيرازي^(٧) والبيضاوي^(٨) من المتأخرين، تقييد المطلق بالقياس على المقيّد. فهم لا يدعون وجوب هذا القياس ولكن يقولون إن حصل القياس الصحيح ثبت التقييد وإلا فلا. ويرى هؤلاء حمل المطلق على المقيّد إذا توافرت العلة الجامعة بينهما وإلا فلا يُعتبر المطلق مقيّداً. واعتبر الرازي هذا المذهب أعدل المذاهب.

^١ بلغة السالك ٦٨/١.

^٢ الأحكام لابن دقيق العيد ١٥١/١-١٥٢.

^٣ المجادلة: ٣

^٤ النساء: ٩٢

^٥ راجع التوضيح مع التلويح ٢٧٥/١.

^٦ راجع اللمع للشيرازي ص ٢٤. التبصرة في أصول الفقه ص ٢١٢-٢١٣.

^٧ اللمع المرجع السابق. قال فيه: "ومنهم من قال بحمل من جهة القياس وهو الأصح". وقال في التبصرة ص ٢١٥: "يجوز حمل المطلق في أحد الحكمين على المقيّد في الحكم الآخر من جهة القياس".

^٨ انظر البيضاوي يشرح الأسنوي مع البدخشي ١٣٩/٢.

وقال الحنفية: لا يجوز لأنه زيادة في النص وهي نسخ عندنا ولا يجوز النسخ بالقياس.^(١)
وقال الآمدي والمختار إن كان الوصف الجامع بين المطلق والمقيّد مؤثراً أي ثابتاً بنص أو إجماع وجب القضاء بالتقييد بناء عليه وإن كان مستنبطاً من حكم المقيّد فلا.^(٢)
واقبه علماء المالكية إلى نفس التفصيل،^(٣) أما الحنابلة فإنهم لم يتفقوا على رأي واحد في هذه الصورة، فالقاضي أبو يعلى يرى حمل المطلق على المقيّد، واختار أبو إسحاق بن شاقلا عدم جواز الحمل فيعمل بكل من المطلق والمقيّد في موضعه.
وذكر ابن قدامة المقدسي أنه روي عن أحمد ما يدل على ذلك.
وقال أبو الخطاب: إن عضده قياس حمل عليه، وإلا فلا.
وبهذا يكون للحنابلة ثلاثة أقوال في هذه المسألة:

- ١- قول يتفقون فيه مع من يرى عدم الحمل مطلقاً من بقية المذاهب.
 - ٢- قول يتفقون فيه مع جمهور الشافعية وهو القول بالحمل مطلقاً.
 - ٣- وفي قول يأخذون بما ذهب إليه بعض عقلي الشافعية وبعض المالكية من القول بالحمل عن طريق القياس لا عن طريق اللفظ.^(٤)
- ومن ثمرة الخلاف بين القول بحمل المطلق على المقيّد لفظاً وبين القول بالحمل قياساً هو ما قاله الرازي في المحصول^(٥) من أنه إذا أطلق الحكم في موضع وقيد مثله في موضعين متضادين كيف يكون حكمه. وذلك كقضاء رمضان الوارد مطلقاً في قوله تعالى: ﴿... فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ...﴾^(٦). وصوم التمتع الوارد مقيّداً بالتفريق في قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ...﴾^(٧). وصوم كفارة الظهار الوارد مقيّداً بالتتابع في قوله تعالى: ﴿... فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ...﴾^(٨).

^١ أصول السرخسي ٢٦٧/١. الكشف ٢٨٧/٢. تيسر التحرير ٣٣٠/١.

^٢ انظر الأحكام للآمدي ١٦٥/٢.

^٣ مفتاح الوصول في علم الأصول ص ١٠٨.

^٤ راجع روضة الناظر ١٩٤/١. قواعد ابن اللحام ص ١٢٠-١٢١.

^٥ راجع المحصول للرازي، المرجع السابق ص ٢٢٣.

^٦ البقرة: ١٨٤.

^٧ البقرة: ١٩٦.

^٨ المجادلة: ٤.

قال: فمن زعم أن المطلق يتقيد بالمقيّد لفظاً، ترك المطلق هنا على إطلاقه، لأنه ليس بتقييده بأحدهما أولى من تقييده بالآخر. ومن حمل المطلق على المقيّد لقياس حمله ههنا على ما كان القياس عليه أولى^(١) وهذه قاعدة يظهر أثرها في كثير من الأحكام.

الترجيح:

الراجع من وجهة نظري هو ما ذهب إليه الجمهور من حمل المطلق على المقيّد في الصور التي جاز فيها الحمل سواء قلنا عن طريق اللفظ أو عن طريق القياس وذلك لأسباب أهمها:
١- أن المقيّد ناطق والمطلق ساكت، فالمقيّد أولى أن يكون بياناً للمطلق مادام الحكم متحداً وإن اختلف السبب.

٢- أن الحكيم إنما يزيد في الكلام لزيادة في البيان، فلا يحسن الغناء تلك الزيادة، بل يحمل كأنه قالهما معاً، كما قال الشافعي (رحمه الله).^(٢)

٣- أن موجب المقيّد متيقن وموجب المطلق محتمل، فالعمل بالمتيقن أولى من العمل بالمحتمل.

٤- إن وحدة كلام الله مهما قيل في شأنها، فهي بمعنى أن تأخي الأحكام وتجانسها واقعة محققة، ففي القتل والظهار كل منهما كفارة عن ذنب.

٥- الحنفية لما خالفوا الجمهور في هذا الأصل لم يتمكنوا من الإلتزام بقاعدتهم في عدم حمل المطلق على المقيّد في حالة اتحاد الموضوع والحكم وإطلاق وتقييد السبب، فلم يوجبوا الزكاة إلا في السائمة.

^١ راجع المحصول.. المرجع السابق ص ٢٢٣.

^٢ تحرير الفروع ص ١٣٥.

المبحث الثاني

العام واثره في اختلاف الفقهاء في الأحكام

المطلب الأول

أقسام العام ودلالته

- العام: لفظ يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد من غير حصر^(١) وهو ينقسم إلى اللغوي والعرفي والعقلي. فاللغوي هو المستفاد من وضع اللغة وله حالان: عام نفسه وعام بالوساطة^(٢)، فالعام بنفسه ثلاثة أنواع:
١. أسماء الشرط: وهي تفيد العموم في كل ما تصلح له، فمنه (من)، كقول النبي (ﷺ) ((من بدل دينه فاقتلوه))^(٣) واحتج بعمومه الفقهاء على قتل المرتد.
 ٢. أسماء الاستفهام: منها (ما) الاستفهامية، مثالها: ما روي عن معاذ أنه سأل النبي (ﷺ) ((ما يحمل للرجل من امرأته وهي حائض، قال مافوق الإزار))^(٤) واحتج المالكية على تحريم الاستمتاع بما تحت الإزار^(٥) من الحائض، وعارضهم الجمهور بحديث "اصنعوا كل شيء إلا النكاح"^(٦)
 ٣. الموصولات: منها: (الذين) كما في قول تعالى: ﴿الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنكُم مَّن نَّسَاهُمْ﴾ الآية^(٧)، واحتج بعمومه بعض أصحاب الشافعي على أن الذمي يلزمه الظهار^(٨) العام بالوساطة كالجمع المعروف بالآلف اللام للاستغراق كالمطلقات في

^١ المحصول للرازي عططة دار الكتب المصرية.

^٢ البيضاوي بشرح الأسنوي مع اليدخشي ٥٦/٢.

^٣ أخرجه الشيخان وأصحاب السنن عن ابن عباس سبل السلام ٢٦٥/٣

^٤ رواه أبو داود وضعفه - سبل السلام ١٠٥ / ١.

^٥ راجع أصول التلمساني ص ٨٤.

^٦ رواه مسلم - سبل السلام ١٤/١.. المراد بالنكاح الوطء .

^٧ المجادلة/ ٢.

^٨ التلمساني ص ٨٤.

قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ الآية.^(١)
 وكالجمع المعروف بالإضافة مثل " أولادكم " في آية: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٢) - ومن العام بالوساطة التكرار الواقعة في سياق النفي كالوصية في قول النبي (ﷺ) ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))^(٣).

العموم العرفي:

هو مجموع ما يشمل عرفاً من المعاني كالحرمة المنصبة على أنواع الاستمتاع بالأهيات مثلاً دون ذواتهن في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية، ومن ذلك استدلال المالكية على تحريم فإنه لما تعذر تعلق التحريم بالميتة نفسها وجب الإضرار ولما لم يتعين شيء وجب إضرار كل مصدر يصح إضراره والانتفاع منه فوجب تعلق التحريم به^(٤). ومن الفقهاء من يمنع هذا العموم فيلتزم الإجمال أو يرمي بأن العرف عين المراد وهو الأكل^(٥).

والعموم العقلي:

منه عموم الحكم لعموم علته كما في القياس ومنه عموم المفعولات التي يقتضيها الفعل النفي مثل (والله لا أكل) فإنه يحث بكل مأكول^(٦).

دلالة العام بين القطعية والظنية:

هذه النقطة هي محور الخلاف في كثير من المسائل الفرعية. لا خلاف في قطعية دلالة عام أريد به العموم قطعاً لقرينة كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾^(٧)، ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾^(٨). وكذا لا خلاف في ظنية دلالة العام بعد

^١ البقرة/ ٢٢٨.

^٢ النساء/ ١١.

^٣ رواه أحمد والأربعة النسائي - سبل السلام ٣/ ١٠٦.

^٤ مفتاح الوصول ص ٨٩.

^٥ الأسنوي ٢/ ٦٨.

^٦ مفتاح الوصول ص ٩٠.

^٧ هود/ ٦.

^٨ الانبياء/ ٣٠.

تخصيصه وعدم قطعية الدلالة على الباقي من الأفراد لأن الدليل الذي يدل على التخصيص يكون معللاً غالباً بمعنى قام عليه التخصيص ويحتمل تحققه في بعض الأفراد الباقية ومع هذا الاحتمال لا تكون الدلالة على الباقي قطعية.

فقله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِئْتَةً﴾^(١) بعد أن خص منه الذمي والمستامن أصبح ظلياً جاز تخصيصه بغير الواحد بالاتفاق وهو ما رواه ابن عمر أن النبي (ﷺ) رأى امرأة مقتولة في بعض مغازيه فأنكر قتل النساء والصبيان.^(٢) كما يجوز أن يقاس عليهما المشلول بجامع أن كلا منهما ليس أهل القتال. وإنما الخلاف في العام المطلق الذي لم يقتن بقرينة تنفي احتمال التخصيص ولم يثبت تخصيصه بمخصص مسلم لدى الجميع..

ذهب معظم الحنفية وبعض الخوارج والشاطبي من المالكية إلى أن دلالة العام على كل فرد من أفرادها قطعية وهي بمثابة دلالة الخاص على معناه^(٣) واستدلوا بأدلة منها:

إن العموم تدعو الحاجة إلى التعبير عنه بالألفاظ فوضعت له ألفاظ والموضوع له لازم قطعي لما وضع له حتى يقوم دليل على خلاف ذلك^(٤). ومنها: احتجاج الصحابة بألفاظ العموم فيما يتناوله اللفظ وضعاً مستدلين بالاستغراق والشمول ولم ينكر عليهم أحد ذلك فكان إجماعاً.^(٥)

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية كأبي منصور الماتريدي ومشايخ سمرقند والمعتزلة والإباضية إلى تخصيصه بالظن كخبر الآحاد والقياس واستدلوا بأدلة منها: ثبت بالاستقراء تخصيص كثير من ألفاظ العام وشاع ذلك حتى قيل ما من عام إلا وله تخصص. ومنها: احتمال التخصيص في العام شبهة قوية فلا يمكن معها القول بقطعيته فيما وضع له مع الاحتمال. ومنها: تخصيص الصحابة القرآن الكريم بغير الواحد كتخصيص عموم ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ بمحدث "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها".^(٦)

^١ البقرة/ ١٩٣.

^٢ متفق عليه سبل السلام ٦٥ / ٤.

^٣ كشف الأسرار مع البزدوي ٣٠٦/٢ فما بعدها.

^٤ أصول السرخسي ١٣٢ / ١.

^٥ المرجع السابق.

^٦ راجع شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٣، الاسنوي مع البدخشي ٦٨/٢ مختصر التحرير ص ٢٠٩ مشكاة الانوار في أصول المنار ٨٦ / ١ طلعة الشمس مع الشمس الأصول ١٠٣ / ١ مختصر المتنهي مع العبد والسعد ١٤٩ / ٢.

وتفرع عن الخلاف في هذا الأصل الاختلاف في مسائل فقهية منها:

- أ. اختلف الفقهاء في جواز قصر الصلاة والإفطار في رمضان للعاصي بسفره فذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن العاصي والمطيع في رخصة السفر سواء لعدم النصوص الواردة بهذا الشأن كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾^(١) و﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٢)، وقال المالكية يحرم استخدام الرخصة لكنها لا تكون باطلة^(٣). وقال الشافعية والحنابلة^(٤) باشتراط السفر المباح لجواز الرخصة، وعدم الصحة عند تخلف هذا الشرط. ومنشأ الخلاف هو أن من رأى بقاء نصوص الرخصة على عمومها ذهب إلى التسوية بين السفر المباح والمعصية. ومن رأى تخصيصها بما يدل على أن الرخصة لا تكون إلا في السفر المباح قال بعدم جواز قصر الصلاة والإفطار في سفر المعصية^(٥).
- ب. اختلف الفقهاء في جواز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها على قولين: فذهب الجمهور إلى بطلان هذا الزواج وذهب الشيعة الإمامية والحوارج إلى جوازه وسبب الخلاف اختلافهم في العمل بمقتضى عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ فرأى الجمهور أنه خصص بقول النبي (ﷺ): ((لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه))^(٦). بينما رأى الشيعة الإمامية والحوارج خلاف ذلك. قال الطوسي "يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت العمة والحالة بذلك" وذهب الحوارج إلى أن ذلك جائز على كل حال.
- ودليلنا إجماع الفرقة وأيضا الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل ولقوله تعالى بعد ذكر المحرمات ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٧).

^١ النساء / ١٠١.^٢ البقرة / ١٨٤.^٣ الشرح الصغير مع بلغة السالك ١ / ١٦٠.^٤ المهذب ١ / ١٠٢ نيل المأرب ١ / ٦٣.^٥ المغنى في أصول الفقه لعمر الحجاز مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة بغداد - المجموع للنووي ٤ / ٢٠٢.^٦ سبل الاسلام ٣ / ١٢٤.^٧ الخلاف للطوسي ٢ / ١٦٠.

المطلب الثاني تخصيص العام

التخصيص:

- هو قصر العام على بعض ما يتناولوه.^(١) أو إخراج بعض ما يتناولوه اللفظ^(٢).
المخصصات قسمان: أحدهما متصل والآخر منفصل، والمتصل هو:
- ١ - الاستثناء: كقوله تعالى: ﴿وَالْعَصْرُ إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَوَّامُونَ بِالْحَقِّ وَقَوَّامُونَ بِالصِّبْرِ﴾ الآية.^(٣)
 - ٢ - الشرط كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾.^(٤)
 - ٣ - الصفة مثل ((في الغنم السائمة الزكاة)).
 - ٤ - الغاية كقوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾.^(٥) والمنفصل نوعان: أحدهما من جهة العقل كقوله تعالى: ﴿قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ﴾^(٦)، فالعقل يدل على أنه تعالى لا يخلق نفسه وصفاته. والثاني من جهة الشرع وله وجوه منها:
- أ - تخصيص الكتاب بالكتاب كتخصيص عموم: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٧) بآية ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.^(٨)
 - ب - تخصيص الكتاب بالسنة المتواترة كتخصيص عموم قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٩) بما تواتر عن الرسول (ﷺ) من رجم المحصن في قصة ماعز وغيره.^(١٠)

^١ شرح التوضيح على التنقيح ٢٠٧ / ١.

^٢ البيضاوي بشرح الأسنوي ٢٠٧ / ١.

^٣ العصر ١، ٢، ٣.

^٤ النساء ١٢.

^٥ المائدة ٦.

^٦ الرعد ١٦.

^٧ البقرة ٢٢٨.

^٨ الطلاق ٤.

^٩ النور ٢.

^{١٠} شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٢ سبل السلام ١٨ / ٣.

ج - تخصيص الكتاب بالسنة المشهورة كتخصيص عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ يقول النبي (ﷺ) ((لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر للمسلم))^(١)

د. تخصيص الكتاب بخبر الواحد، وسيأتي الخلاف فيه.

هـ - تخصيص السنة بالسنة كتخصيص عموم قول النبي (ﷺ) فيما سقت السماء والعيون أو كان عشرين^(٢) العشر^(٣) الذي يعم القليل والكثير بما روى عن سعيد الخدري (رضي الله عنه)، قال رسول الله (ﷺ) ((ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة))^(٤).

و- التخصيص بالعرف وهو محل الخلاف أيضاً. والذي يهتَمُّنا في هذا البحث هو التخصيص بخبر الواحد والقياس والعرف وسنحلل استعراض ذلك في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

تخصيص العام بخبر الواحد

لا خلاف في تخصيص العام بخبر الواحد إذا كان العام مخصصاً بدليل آخر قبله وكذا لا خلاف في تخصيص العام بخبر الواحد المنعقد الإجماع على حكمه^(٥) كخبر ((ليس للقاتل من الميراث شيء))^(٦).

وأما الخلاف في عام لم يخص منه شيء سابقاً بخبر الواحد الذي لم ينعقد الإجماع على حكمه:

فذهب الحنفية -سبأً مع أصلهم من أن دلالة العام قطعية- إلى عدم جوازه. وقال الجمهور بجوازه بناء على أن دلالة العام ظنية وأن العام في كل من الكتاب والسنة المتواترة

^١ متفق عليه سبل السلام ٩٨/٣.

^٢ بكسر الراء وتشديد المثناة هو الذي يشرب بعروقه لأنه عثر على الماء سبل السلام ١٣٢/٢.

^٣ رواه مسلم - سبل السلام ١٣٢/٢.

^٤ شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٢/٢.

^٥ إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٥٨.

^٦ سبل السلام ١٣٢/٢.

وإن كان قطعي الثبوت إلا أن دلالته على تناوله جميع أفراد امر ظني غالباً^(١) وخبر الواحد وإن كان ظني الثبوت إلا أنه قطعي الدلالة لكونه خاصاً فيتعدلان في القوة فيجوز أن يكون مخصصاً لكل من الكتاب والسنة المتواترة.

ومن المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في هذا الأصل مايلي:

اختلفوا في قتل المسلم بالذمي على الوجه الآتي:^(٢)

ذهب الجمهور ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المسلم لا يقتل بالذمي وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وغيرهم. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وابن أبي ليلى وعثمان السبتي: إن المسلم يقتل بالذمي.^(٣)

وسبب خلافهم هو الاختلاف في تخصيص عموم نصوص القصاص منها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى﴾^(٤) بأحاديث الأحاد منها قول النبي (ﷺ) ((المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم))^(٥) فمن قال إن دلالة العام ولا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده ظنية قال يجوز تخصيص عموم نصوص القصاص بأخبار الأحاد. ومن رأى أن دلالته قطعية قال يلزم أخذ تلك النصوص على عمومها دون تفريق بين المسلم والذمي في القصاص^(٦).

^١ شمس الأصول للسالمي ١/ ١٠٧. مختصر المنتهي مع العضد والسعد ٢/ ١٤٩.

^٢ لا خلاف في قتل المسلم بالمسلم والكافر بالكافر وعدم قتل المسلم بالكافر الحربي.

^٣ راجع المغنى لابن قدامة ٧/ ٦٥٢.

^٤ البقرة/ ١٧٨.

^٥ صححه الحاكم سبل السلام ٣/ ٢٣٤.

^٦ انظر فتح القدير/ ٢١٧ فما بعدها نيل الاوطار ٧/ ١٠ نصب الراية للزيلعي ٤/ ٣٣٥.

الفرع الثاني تخصيص العام بالقياس

اختلفت أنظار العلماء من الأصوليين والفقهاء في تخصيص العام بالقياس على أقوال أهمها:

أ- الجواز مطلقاً وإليه ذهب الجمهور^(١) وأستدلوا بأدلة منها: أن القياس دليل شرعي والعام دليل شرعي وقد تعارضاً فإما أن يعمل بهما فيجتمع النقيضان أو لا فيرتفعان، أو يقدم العام على الخاص وهو خلاف الأصل، لأن العام دلالة على ذلك الخاص أضعف من دلالة الخاص بنفسه، والأضعف لا يقدم على الأقوى، فيتعين تقديم الخاص عليه وهو المطلوب^(٢).

ب - المنع مطلقاً وإليه ذهب الجهابي المعتزلي، ونقله سليم الرازي عن أحمد بن حنبل وقال به جماعة من أصحابه، وقال الغزالي وهو رأى طائفة من المتكلمين والفقهاء^(٣) وأستدلوا بأدلة منها: إن القياس فرع النصوص وكل ما هو شرط في النصوص فهو شرط في القياس من غير عكس، فلو قدم القياس لزم تقديم الفرع على الأصل^(٤) ويرد بأن النص الذي هو أصل القياس غير النص المخصص به.

ج - التفصيل:

١. قال عيسى بن أبان من الحنفية إن خص قبله بدليل مقطوع جاز، وإلا فلا، وهو مذهب أكثر أصحاب أبي حنيفة^(٥). وحجته هي أن هذا التخصيص يضعفه بدخول المجاز فيه فيجوز تسليط القياس عليه أما إذا خص بدليل ظني فلا يقطع بضعفه^(٦).

^١ إرشاد الفحول ص ١٥٩ المستصفى ص ٢٥٣ الأحكام للأمدى ٢/٢٥٩ شمس الأصول ١/١٠٨ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ٢/١٥٣.

^٢ شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٣، المستصفى المرجع السابق، اللع للشيرازي ص ٢١، شمس الأصول ١/١٠٨.

^٣ المراجع السابقة.

^٤ شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٤.

^٥ كشف الاسرار مع اليزدوي ١/١٥٤.

^٦ شرح تنقيح الفصول المرجع السابق.

٢. وقال أبو الحسن الكرخي إن خص بمنفصل جاز تخصيصه بالقياس وإلا فلا^(١). واحتج بأن التخصيص بالمتصل تخصيص بأمور لا يمكن استقلالها بأنفسها فينبغي أن تكون مع الكلام الذي دخلت عليه كلاماً واحداً موضوعاً لما بقي بعد التخصيص فيكون حقيقة فلا يتسلط عليه القياس. أما المنفصل مثل (لا تبيعوا البر بالبر) بالنسبة إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لا يمكن جعلهما كلاماً واحداً فيتعين أن يكون مجازاً في الباقي فيتسلط عليه القياس^(٢). وهناك آراء أخرى لا مجال لذكرها.^(٣)

وتفرع عن الخلاف في هذا الأصل الاختلاف في مسائل فقهية منها:

أ- اختلف فقهاء الصحابة والمذاهب في تحديد سهم الجد إذا اجتمع مع الاخوة والاخوات وينى كل رايه على قياس يخصص عموم آية الكلاله^٤ «يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرَأَتَكَ هِيَ كَلَالَتُكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُحْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رُجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ»^٥.

فقال ابو بكر الصديق ؓ وابن عباس ؓ وابن عمر ؓ ومن وافقهم من الصحابة يحجب الاخوة والاخوات قياساً على الاب عند أبي بكر ومن معه وعلى ابن الأبن عند ابن عباس ومن وافقه ويرأيهم أخذ ابو حنيفة ومن وافقه من فقهاء المذاهب.

وقال علي ابن ابي طالب ؓ ومن وافقه من الصحابة: الجد يقاسم الإخوة والأخوات على ألا يقل نصيبه عن السدس قياساً لحاله معهم على حاله مع الإبن.

وقال ابن مسعود ؓ ومن وافقه يجب ألا يقل نصيبه معهم في المقاسمة بالتعصيب عن الثلث قياساً لحاله معهم على حاله مع البنات.

وقال زيد بن ثابت يقاسم الأخت على أنه أخ شقيق قياساً على حاله مع الأخ، ويرأيه أخذ الأئمة الثلاثة.

^١ كشف الاسرار مع البيزوي ١/ ١٥٤

^٢ المرجع السابق.

^٣ راجع من المستصفي ص ٣٥٥-٣٥٦. الاحكام للامدي ٢/ ١٥٩.

^٤ من ليس له ولد ولا والد انظر تفسير القرطبي ٦/ ٢٨.

^٥ النساء/ ١٧٦.

وهذه القياسات كلها مخصصة لعموم آية الكلاله كما هو واضح.

ب - اختلف الفقهاء في روية بعض الأشياء ومنشأ خلافهم فيها هو أن لفظ البيع في آية ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^١ عام يشمل كل بيع سواء كان ريوياً أم لا، لأن الألف واللام للإستغراق، وقد خصّ بمديث ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد فان اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد))^٢. والتخصيص بالقدر الوارد في هذا الحديث محل اتفاق الفقهاء. وانما الخلاف في تخصيص الآية بما عدا هذه الاصناف الستة عن طريق القياس عليها فمن أجاز تخصيص عموم نصوص القرآن بالقياس كالجهور قال بتخصيص هذا النص أيضاً بكل ما يشرك مع هذه الاصناف الستة في علّة الربا على اختلاف فيما بينهم في تحديد هذه العلّة. ومن لم ير ذلك ذهب الى حصر التخصيص في نطاق هذه الأصناف الستة عدا الشيعة الإمامية، فإنهم قالوا بتخصيص الآية بكل ما توجد فيه علّة الربا من غير الأصناف المذكورة عن طريق مفهوم الحديث لا عن طريق القياس .

ج - اختلف الفقهاء في القصاص من مجرم يلتجئ الى بيت الله الحرام بسبب اختلافهم في تخصيص عموم آية ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾^٣ بالقياس بعد أن اتفقوا على أنه يقتص من يقترب ما يوجب القصاص من الأطراف وإن لجأ الى الحرم وكذا ممن يرتكب الجنائية على النفس أو ما دونها داخل الحرم.

قال الحنفية ومن وافقهم بعدم تخصيص عموم هذا النص، لا بغير الواحد ولا بالقياس على من ارتكب جريمة القتل داخل الحرم الذي يقتص منه بالإجماع، ولا على الأطراف، لأنها تجري مجرى الأموال فلا يتناولها النص، ولكنهم قالوا: يلجأ الى الخروج^٤ وعللوا عدم تخصيص الكتاب بالقياس بأن التخصيص بمنزلة النسخ من حيث أن كلا منهما إسقاط لموجب اللفظ.

^١ - البقرة/ ٢٧٥.

^٢ - رواه مسلم، سبل السلام ٣٧/٣.

^٣ - آل عمران/ ٩٧.

^٤ - راجع تفسير الطبري ٣٤/٧ كشف الاسرار مع البزدوي ٢٩٦/١.

وقال الشافعي ومن وافقه: إن مباح الدم إذا التجأ إلى الحرم لا يعصمه الإلتجاء طرداً للقياس الجلي، أي القياس على الأطراف وعلى من يرتكب الجريمة داخل الحرم وعللوا ذلك بأن القياس دليل شرعي معمول به بموجب أن يجوز التخصيص به قياساً على الكتاب وخبر الواحد ولأن في القول بتخصيص العموم بالقياس عملاً بالجمع بين الدليلين والإعراض عن القياس يؤدي إلى العمل بأحد الدليلين وتعطيل الآخر^١

الترجيح:

والراجع في نظري هو جواز تخصيص عموم الكتاب والسنة المتواترة بالقياس الجلي لأنه معمول به القوة دلالة ويلوغه حدّاً يوازي النصوص وكذا بما كانت علته منصوصة أو مجمعة عليها. وإلى جانب ذلك فإنه يبدو لي وجود تناقض في كلام الحنفية بين العمل بمقتضى عموم ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ وبين إجبار المجرم الملتجئ إلى البيت على خروجه حيث قالوا: لا يطعم ولا يسقى ولا يكلم حتى يخرج .

خصص بعض أصحاب الإمام مالك رحمه الله عموم قول الرسول (ﷺ) ((طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يفسله سبع مرات أولاً بالتراب))^٢ بقياس الكلب المأذون في اقتضائه على الهرة يمامع التطواف فلم يروا شموله بهذا الحكم^٣.

^١ - راجع تخريج الفروع للزغباني ص ٧٥ فما بعدها، كشف الاسرار المرجع السابق.

^٢ - أخرجه مسلم وفي روايه له فليرقه وللمزمذي أحدها من أو أواه من بالتراب سبل السلام ٢٢/١.

^٣ - راجع مفتاح الوصول للتلسماني ص ١٠٥.

الفرع الثالث تخصيص العام بالعرف

العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه حتى كان عادة لهم، وينقسم الى العام وهو ما تعارفه الناس جميعا كدخول الحمام دون تحديد كمية المياه المستهلكة ومدة المكث فيه، والى الخاص وهو ما تعارف عليه جماعه كالعرف التجاري . وكل منهما إما قولِي كالولد للذكر أو فعلي كبيع المعاطاة. والكل إما صحيح وهو ما لا يصطدم مع الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية، وإما فاسد إن تعارض معها، كلعب القمار وخروج النساء سافرات متبرجات. والعرف الذي هو عل الخلاف إنما هو العرف الصحيح، أما الفاسد فهو ساقط بمشابة العدم. والعلماء اختلفوا في تخصيص العام بالعرف على أقوال أهمها ما يلي:

- ١- جواز التخصيص به مطلقا وهو رأي الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة^١.
- ٢- لا يجوز التخصيص به مطلقا وهو رأي بعض الشافعية كأبي إسحاق الشيرازي^٢ وبعض المالكية وبعض الحنابلة^٣ ومذهب الجمهور من المعتزلة والاشعرية واليه ذهب الاباضية^٤. قال السالمي: اذا قال الشارع حرمت الربا في الطعام وكان عادة المخاطبين تناول البر مثلا، فلا يكون ذلك العام محمولا على البر خاصة، بل يكون شاملا لكل ما يسمى طعاماً، فهذا مذهبنا ومذهب الجمهور من المعتزلة والاشعرية.
- ٣- التفصيل:

أ- التخصيص بالعرف القولي دون الفعلي وهو مانص عليه الغزالي في المستصفى والحسن البصري في المعتمد، والآملي في الاحكام^٥ والقرافي من المالكية^١ ومن تبعهم.

^١ - راجع التحرير مع التقرير والتحجير ٢٨٢/١ بلغه السالك ٣٣٧/١. المسودة اصول الفقه الحنبلي ص ١٢٥ العرف والعادة لأبي سنة ص ٩١.

^٢ - راجع اللع في الاصول لأبي اسحاق الشيرازي ص ٢١.

^٣ - راجع المسودة ص ١٢٤.

^٤ - طلعه الشمس مع شمس الاصول ١٩٥/١.

^٥ - راجع الاستنوي بشرح البدخشي ١٢٨/٢.

ب - العرف الذي يخصص هو ما كان متعارفاً في عهد الرسول (ﷺ) وأقرهم عليه دون غيره من الأعراف. وهو مذهب الامام الرازي والبيضاوي والحلي من الشيعة الإمامية والشوكاني من الزيدية.^١

من التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في تخصيص النص بالعرف ما يلي:

١- اختلفوا في حكم إرضاع الأم لولدها ومنشأ الخلاف هو ان لفظة الوالدات في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾^٢ عام يشمل كل والدة سواء كانت رفيعة القدر أم لا. فذهب الإمام مالك بناء على أصله من تخصيص العام بالعرف، الى أن العرف العملي خصص الوالدات رفيات القدر، إذا قبل الولد ثدي غيرها والولد له مال أو كان أبوه موسراً أو قبلت المرضعة إرضاعه مجاناً. وذهب الجمهور الى الأخذ بعموم النص وعدم تخصيصه بالعرف مع اختلافهم في التفصيل:

أ - قال الحنفية والشافعية والحنابلة: بعدم الإيجاب مطلقاً وحملوا الأمر على الندب لان إرضاع الأم للطفل أصلح^٣. ولم يطبق الحنفية قاعدة التخصيص بالعرف هنا لما ثبت لديهم بما يزيد وجهة نظرهم.

ب - وحمل الشيعة الإمامية: الأمر على الإباحة لعدم وجود دليل وللمعصل بقاعدة الأصل براءة الذمة^٤.

ج - وقال أبو ثود: الأمر للموجب فعليه تجبر الزوجة على الإرضاع مطلقاً.^٥

٢- اختلفوا في حكم بيع الثمر مع شرط بقائه حتى يتم نضجه فقال محمد الشيباني ومن وافقه انه يصح في الاستحسان (أي تخصيص النص بالعرف) لعادة الناس في ذلك.

١ - الفروق للقرافي ١٧٢/١ شرح تنقيح الفصول ص ٢١٢.

٢ - راجع الاسنوي بشرح البدخشي ١٨٢/٢ مبادئ الوصول الى علم الاصول للحلي ص ١٣٨ ارشاد

الفعول للشوكاني ص ١٦١

٣ - البقرة ٢٣٣

٤ - الاحكام لابن العربي ٢٠٤/١

٥ - المهذب للشيرازي ١٦٧/٢

٦ - راجع الخلاف للطوسي ٣٣٥/٢

٧ - المرجع السابق الاحكام لابن العربي ٢٠٤/١.

وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة لأنه إما إعارة أو إجارة في بيع.^١
وقد نهى رسول الله (ﷺ) عن صفقتين في صفقة.^٢
ويرى محمد أن العادة التي منشأها حاجة الناس ومصلحتهم تخصص النص العام وهو الحديث السابق أو حديث النهي عن بيع وشرط.^٣
وقال الشافعية لا يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاح من غير شرط القطع واستدلوا بعموم الآثار وبأنه إذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة وإن باعها بشرط القطع جاز.^٤

١ - الهداية مع فتح القدير ٢٨٨/٦.

٢ - عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال نهى رسول الله (ﷺ) عن بيعتين في بيعة، رواه أحمد والنسائي وصححه الترمذي وابن حبان، سبل السلام ١٦/٣.

٣ - راجع سبل السلام حديث عائشة وبريرة ١٠/٣.

٤ - المهذب ٢٨١/١.

المبحث الثالث

المشترك اللفظي وأثره في اختلاف الفقهاء

المشترك هو اللفظ الدال على معنيين مختلفين فأكثر في لغة به التخاطب وهو معنوي: ان اتحد لفظه ووضعه والموضوع له تعددت أفرادها كالإنسان الموضوع للمقدر المشترك (الحيوان الناطق) بين جميع أفرادها. ولفظي: ان اتحد لفظه وتعدد وضعه ومعناه كالعين والقرء... وهذا القسم الأخير هو مدار خلاف العلماء والأصوليين والفقهاء فاختلّفوا في وجوده وفي استعماله وفي حمله على مدلوله فنوجز ذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الاختلاف في وجوده

اختلف العلماء في وجود المشترك اللفظي على خمسة آراء:
الأول: واجب عقلاً، وذهب إليه جماعة من العلماء واستدلوا بأدلة منها: لو لم يوجد خللت أكثر المسميات عن الألفاظ، لأن الألفاظ متناهية لتركيبها من الحروف المتناهية.^١ ويمكن أن يُناقش إمّا بأن الألفاظ غير متناهية أيضاً لإمكان تركيب كل حرف مع الآخر إلى ما لا نهاية له، وإمّا بأن المعاني متناهية، لأنّ الوضع لها فرع تصوّرها وتصور ما لا يتناهى محال.

الثاني: محال عقلاً، لأن التخاطب باللفظ المشترك لا يفيد فهم المقصود على التمام وكل ما كان كذلك يكون منشأً للفساد فاللفظ المشترك منشأً للفساد يتنزه عنه الواجب الحكيم.^٢ ويناقش بأنه منقوض بأسماء الأجناس كالحَيوان إذ هي غير دالة على مضمون الذات مع ثبوتها في اللغة.^٣

١ - الأسنوي ٢٤٤/١ ارشاد الفحول ص ١٩ التقرير والتحرير مع التجميع ١٨٢/١.

٢ - المراجع السابقة.

٣ - الأسنوي ٢٢٦/٢ أبو النور زهير ٣٩/١.

الثالث: جواز وقوعه عقلاً لا لغةً، لأن الاشتراك اللفظي لا يترتب على وقوعه محال، فيكون جائزاً أما عدم وقوعه لغةً، فلأن الإستقراء والتتبع لألفاظ اللغة يدلّ على ما يظن أنه مشترك فهو إما متواطئ أو حقيقة أو مجاز.

الرابع: جواز وقوعه عقلاً ولغةً لا شرعاً، لأنه لو وقع في القرآن أو السنة، فلا يخلو من أمرين: فإما أن يكون مبيّناً فيلزم التطويل من غير فائدة، يتنزه عن ذلك القرآن وقول الرسول ﷺ، أو يكون غير مبين فلا يُفيد ويكون لغواً، واللغو فيهما باطل.

ولنا اختيار الشق الأول دون لزوم أي خلل ببلاغة الكتاب والسنة، لأن التفسير بعد الإبهام يعد من البلاغة، ثم أن القرينة قد تكون حالية فلا تطويل، أو اختيار الشق الثاني دون لزوم محذور من عدم الفائدة بدليل وقوعه فعلاً في القرآن، كالقرء المشترك بين الحيض والطمهر في آية ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، وكعسّس في آية ﴿وَاللَّيْلُ إِذَا عَسَّسَ﴾^١ فإنه مشترك بين أقبل وأدبر.

الخامس: جواز وقوعه عقلاً ولغةً وشرعاً، ولعدم ترتّب أي محال على وقوعه ولتدّونا في المراد من القرء-مثلاً-في القرآن هل هو حيض أم طهر، والتدّد في أمرين فأكثر على السواء دليل الاشتراك.^٢

والراجع في نظري هو هذا الأخير لأن الواقع يؤيده.

^١ - التكوير/١٧

^٢ - كشف الاسرار مع البزدوي ٣٩/١ الاسنوي ٢٢٦/٢.

المطلب الثاني

في استعمال المشترك في جميع معانيه

عمل الخلاف هو لفظ واحد من متكلم واحد في وقت واحد لا توجد قرينة تحدد المراد ولا يوجد التنافي بين معانيه^١ فالمشترك الذي توافرت فيه هذه النقاط اختلف فيه الفقهاء على أربعة أقوال:

الأول- يصح استعماله في جميع معانيه مطلقاً (مفرداً او غيره مثبتاً او منفيًا) واليه ذهب الشافعي وجماعة من أصحابه والقاضي أبو بكر الباقلاني وفريق من المعتزلة كالجبائي والقاضي عبد الجبار واختاره ابن الحاجب المالكي^٢. وقال الشوكاني وبه قال الجمهور وكثير من أئمة أهل البيت^٣ واستدلوا بوجوه منها: إذا استوت نسبة المعاني فليس تعيين البعض أولى من البعض فيحمل على الكل احتياطاً. ومنها وقوعه في القرآن الكريم حيث أن الصلاة في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ...﴾ الآية^٤ مشتركة بين المغفرة من الله والاستغفار من الملائكة ومستعملة فيها دفعة واحدة، والسجود في قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ...﴾ الآية^٥ مشترك بين وضع الجبين من الإنسان وبين الخضوع والانقياد من غيره، فلو لم يصح أن يُراد بالمشترك جميع معانيه لما أُريد بالسجود المعنيان معاً.

الثاني - لا يصح ذلك مطلقاً.

قال عبد العزيز البخاري من الحنفية: ان رأي أصحابنا وبعض المحققين من أصحاب الشافعي وجميع أهل اللغة وأبي هاشم وأبي عبد الله بمثابة الكسوة للمعاني والكسوة الواحدة لا يلبسها شخصان كل واحد منهما بكماله في زمان واحد. وكذلك اللفظ الواحد لا يدل على معنيين أو معاني معاني وقت واحد.

١ - اذ لا خلاف في جواز استعمال القرء في معنيته لتنافيهما.

٢ - مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٢٧/١

٣ - ارشاد الفحول ص ٢٠

٤ - الاحزاب/٥٦

٥ - الحج/١٨

الثالث- يجوز النفي دون الإثبات، وذهب إلى هذا بعض الحنفية، لأن المشترك إذا وقع في النفي يكون عاماً، لأنه نكرة في سياق النفي وهي تعم. وينتقد بأن اللفظ في النص يراد منه ما أريد به في الإثبات.

الرابع:- يصح إذا كان المشترك جمعاً لأن الجمع بمثابة تكرار، فكل مفرد يُراد به معنى من المعاني. ويُناقش بأن هذا إنما يكون إذا كانت المفردات متساوية في المعنى بأن يُراد من العيون فرع واحد كالذهب أو العين الجارية.

المطلب الثالث

حمل المشترك على مدلوله^١

لألفاظ المشتركة الواردة في نصوص القرآن والسنة أثر ملموس في اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية لأنها إذا لم يحدد أحد معانيها بقرينة يكون فيها نوع غموض يلزم إزالته ليتسنى العمل به ويكون المكلف على بينة من أمره ولهذا قيل إن الاشتراك خلاف الأصل، فاذا ورد في نص من النصوص يكون المجتهد أمام حالين:

١- إذا كان مشتركاً بين معنى لغوي وآخر شرعي تعيّن الأخذ بالثاني كما في ألفاظ الصلاة والزكاة والصيام والحج والبيع والطلاق.. ولا يراد المعنى اللغوي إلا بقرينة قد تختلف أنظار العلماء في تقويمها وتقديمها، فما تكون صالحة للتجريح عند فريق قد لا تكون صالحة عند الآخرين فيؤدي هذا إلى أن يتجه كل إلى غير المعنى الذي اتجه إليه صاحبه.

٢- وإذا لم يكن للشارع عرف خاص يُعين أحد معاني المشترك، وجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد، فيستعين المجتهد بالقرائن والأمارات وحكمة التشريع ومقاصده.. ويتضح من هذا مدى تأثير المشترك الوارد في نصوص القرآن والسنة على اختلاف الفقهاء..

^١ - التمييز بين الوضع والاستعمال والحمل هو: إن الوضع هو جعل اللفظ دليلاً على المعنى، وهذا أمر يتعلق بالواضع والاستعمال إطلاق اللفظ وإرادة المعنى من صفات المتكلم والحمل اعتقاد السامع مراد المتكلم أو ما اشتمل على مراده كحمل المشترك على معنياه وهو من صفات السامع.

ومن التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في تحديد معنى المشترك مايلي:

أ- اختلفوا في تحديد وقت ذبح الضحية في الحج:

ذهب معظم الفقهاء الى ان وقته هو الأيام المعلومات في قوله تعالى: ﴿لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِّنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾^١ لكنهم اختلفوا هل تشمل هذه الأيام الليالي أو لا؟

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز الذبح في الليل كالنهار أخذاً بهذا الشمول، ومن قال بذلك أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أصح الأقوال عنه وإسحاق وأبو ثور، غير أن الشافعي يكره الذبح ليلاً حذراً من الخطأ وعدم حضور المساكين^٢. وذهب الإمام مالك في المشهور عنه وأحمد في رواية الحرقى إنه لا يجوز إلا في النهار^٣. وسبب خلافهم الاختلاف في تحديد معنى اليوم المشترك بين النهار والليل، إذ ورد تارة بالمعنيين، كما في قوله تعالى: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾^٤ «قَالَ آيَتُكَ إِلَّا تَكَلَّمَ النَّاسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزاً»^٥ وأخرى بمعنى النهار فقط، كما في قوله تعالى: ﴿سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُوماً﴾^٦ فالمراد باليوم هنا هو النهار فقط بقرينة المقابلة. فمن رأى أن المراد باليوم في آية الحج هو النهار كمالك ومن وافقه قال بعدم جواز الذبح إلا فيه، ومن عممه على الليل والنهار كالجمهور ذهب الى جوازه ليلاً كالنهار.

ب - اختلفوا في وجوب ترتيب الوضوء على قولين:

قال بالوجوب الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ومن وافقهم وهو مذهب عثمان بن عفان وابن عباس ورواية عن علي بن أبي طالب^٧، وذهب الى عدم الوجوب الحنفية والمالكية ومن وافقهم وهو مذهب ابن مسعود وسعيد بن المسيب والأوزاعي ودأود.

^١ - الحج/٢٨

^٢ - الام للشافعي ١٧٤/٢.

^٣ - جاء في الشرح الصغير للرددير ٢٨٧/١ وشروط صحتها اربعة الاول النهار فلا تصح ليل.

^٤ - هود/٦٥.

^٥ - ال عمران/٤١

^٦ - الحاقة/٧.

^٧ - المجموع للنووي ٤٣٤/١

وبني بعض علماء الطرفين الخلاف على اشتراك السوا بين الترتيب والجمع في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾، ومن رأى أنها للجمع لم ير الترتيب واجبا بل أمضى صحة وضوء المتوضئ وإن قدم عضوا على عضو في الفسل، ومن قال إنها للترتيب قال بأن الترتيب من شروط صحة الوضوء.

ج - اختلف الفقهاء في استيعاب مسح الرأس

بعد أن اتفقوا على أن مسح الرأس من فروض الوضوء وإن مسح الكل أتى بالفرض وسبب اختلافهم هو الاشتراك الموجود في لفظة الباء في قوله تعالى: ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ وذلك لأنه يحتمل أن تكون للتبعيض أو للاتصاق أو زائدة، كما إن الإلصاق يصدق بمسح الكل ومسح البعض.

ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بوجوب مسح كل الرأس في الوضوء واستدلوا بالمنقول والمعقول أما المنقول فالكتاب، وجه الدلالة فية أن الباء تحتل أن تكون زائدة فعندئذ يكون مقتضى النص مسح الكل وعدم الاكتفاء بالبعض، وعلى احتمال عدم الزيادة تكون للاتصاق ويكون معنى الآية الصقوا المسح برؤوسكم واسم الرأس حقيقة في الكل مجاز في البعض. أما المعقول فقياس مسح الرأس في الوضوء على مسح الوجه في التيمم.

وللحنفية روايتان: رواية المتقدمين منهم وهي ترى وجوب مسح مقدار ثلاثة أصابع من الرأس وروايات المتأخرين وهي ترى مسح ربعه أو مسح الناصية. والمشهور من مذهب الشافعي هو الاكتفاء بما يطلق عليه المسح وإن قل^١.

د - اختلفوا في تحديد المراد من القرو المشترك بين الطهر والحيض:

في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ فذهبت عائشة رضي الله عنها وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن المراد به هو الطهر. وذهب أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلي

^١ الهداية مع فتح القدير ٣٥/١ القواعد لابن اللحام ص ١٣١. الخلاف للطوسي ١٧/١

^٢ راجع القواعد والفوائد الاصولية لابن اللحام ص ١٤١ فتح القدير ١٤/١ المذهب ٧/١ الشرح الصغير

و ابن مسعود وأبو حنيفة إلى أن المراد به الحيض. وتمسك كل من الطرفين بأدلة نقلية ولغوية تعزز رأيه فعلى من يروم مزيداً الاطلاع أن يراجع كتب الفقه.^١

هـ - اختلفوا في ثبوت المصاهرة بالزنى على القولين:

ذهب الجمهور إلى عدم ثبوتها وجنح أبو حنيفة والإمام أحمد ومن وافقهما إلى القول بالثبوت وسبب خلافهم هو الاختلاف في تحديد المعنى المراد من النكاح المشترك بين الوطاء والعقد الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^٢. إذا قد ورد بمعنى العقد فقط في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ﴾^٣ وجاء بمعنى الوطاء فقط في قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^٤ كما ورد بالمعنيين معاً في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^٥ إذ النكاح المحلل هنا هو العقد والوطء.

فمن قال إن المراد من النكاح في نص: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ هو العقد قال الزنى بامرأة غير داع لحرمتها على ابن الزاني، لأن النص يحرم على الابن من عقد عليها الأب. ومن ذهب إلى أن المراد منه الوطاء قال: إن الزنى بها يوجب حرمتها على ابنه، إذ لا فرق بين الوطاء المباح والوطء المحرم بظاهر النص.^٦

و - اختلفوا في حكم ذبيحة من لم يذكر اسم الله عليها:

قال مالك متروك التسمية من الذبائح عمداً وسهواً حرام، وقال الشافعي: حلال مطلقاً وقال أبو حنيفة إن تركها سهواً فحلال وإلا فحرام.^٧ وسبب خلافهم هو أن الواو في قوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ لَفِسَتْ﴾ في آية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَأَنَّهُ لَفِسَتْ﴾^٨ الآية. مشتركة بين الاستئناف والحال والعطف، فرجع

^١ راجع بدائع الصنائع ٣/ ١٩٨ المذهب ٢/ ١٤٣ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/ ٧٤ فما بعدها...

^٢ النساء/ ٢٢

^٣ الأحزاب/ ٤٩

^٤ النساء/ ٦.

^٥ البقرة/ ٢٣٠.

^٦ فتح القدير ٢/ ٣٥٧، المذهب ٢/ ٤٣.

^٧ انظر الرسالة (٢٦) من الرسائل الزينية لابن نجيم مخطوطة المكتبة الازهرية رق م (٢٧)

^٨ الأنعام/ ٢١

الحنفية ومن وافقهم كونها للاستئناف أو العطف فكان ذلك مؤيداً لما اتجهوا اليه في هذا النص من أن النهي إنما هو عن الذبيحة التي لم يذكر اسم الله عليها مطلقاً سواء أذكر غيره كالأصنام أو لم يذكر لذا قالوا متروك التسمية على وجه العمد حرام أكله وكل ما يجري عليه من التصرفات والانتفاعات. ورجع الشافعية ومن وافقهم كون الواو للحال ومن هنا ذهبوا إلى أن المقصود من الآية النهي عما ذكر عليه غير اسم الله كالأصنام.^١

^١ راجع تفريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٤ فتح القدير ٨ / ٥٤ - ٥٥ المذهب ١ / ٢٥٢.



الفصل الثاني

تقسيم الألفاظ باعتبار الدلالة

الدلالة: لغة تعني عدة معان: منها الإرشاد والهداية، واصطلاحاً هي: كون الشيء بحيث يلزم من فهمه فهم شيء آخر. وهي إما لفظية أو غير لفظية، والثانية إما وضعية كدلالة علامات المرور على نظام السير في الطرق والشوارع، وإما عقلية كدلالة هذا الكون العظيم على وجود خالق، وإما طبيعية كدلالة بعض للأغراض على بعض الأمراض.

واللفظية إما عقلية كدلالة الألفاظ المسموعة من المذيع على وجود مذيع وإما طبيعية كدلالة أنين المريض على الألم وإما وضعية - وهي المقصودة بالبحث - مطابقة إن دل اللفظ على تمام مسماه كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق، وتضمنية إن دل على جزء مسماه كدلالة الإنسان على الناطق فقط ضمن المجموع والتزامية إن دل على لازم معناه، كدلالة النار على الحرارة.

واللفظ الموضوع مطابقة إما مركّب إن دل جزء منه على جزء معناه كطبيب الإنسان وإلا مفرد، والمفرد إن لم يكن مستقلاً بمعناه فهو حرف وإن استقل ودل بمجاليته التصريفية على الماضي أو الحال أو المستقبل ففعل، وإلا فاسم، والاسم إما كلي أو جزئي والكلي ما لا يمنع نفس تصور مفهومه الشركة وهو متواطئ إن استوى بين أفراد من غير تفاوت بالشدة أو الأولوية كالإنسان وألا



فمشكك كالبياض^١ فإنه أشد في بعض جزئياته
وكالوجود فإنه أولى وأول في الخالق.
والجزئي ما يمنع نفس تصور مفهومه الشركة وهو أن
مدلوله بلا قرينة فعلمَ مثل خالد وإلا فمضمر كهو
وهي... هذه هي أقسام الألفاظ باعتبار دلالاتها اللفظية
والمنطقية، وأضاف إليها علماء الأصول مصطلحات
أخرى باعتبار الدلالات المعبرة لديها وهذه المصطلحات
هي التي تهمننا في دراستنا هنا. غير أن الأصوليين لم
يسلكوا نهجاً واحداً في عرض المصطلحات الأصولية، لذا
نحاول استعراض منهجين رئيسين - منهج الحنفية ومنهج
الجمهور - في مبحثين مستقلين.

^١ سمي به لأنه يشكك الناظر أو السامع في أنه متواطئ أو مشترك.

المبحث الأول

منهج الحنفية

قال الحنفية: دلالة النص على الحكم إما باللفظ نفسه أولاً، والأولى إن كانت مقصودة من اللفظ سميت عبارة النص وإلا بإشارة النص، والثانية إن كانت مفهومة من اللفظ لغة سميت دلالة النص وإن كانت مفهومة شرعاً سميت دلالة الإقتضاء.^١ ونتكلم بإيجاز عن كل قسم من هذه الأقسام الأربعة في فرع خاص.

الفرع الأول

عبارة النص

عبارة النص هي دلالة اللفظ بنفسه دلالة واضحة على الحكم المسوق له الكلام أصالة أو تبعاً.^٢ وفي نصوص القرآن كثير من أمثلة دلالة العبارة منها:

أ- قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾^٣ فهذا النص يدل على عدة أحكام، هي إباحة الزواج، وتحديد العدد المباح بعد الاطمئنان إلى العدل بأربع، وجوب الاقتصار على واحدة إذا خيف عدم العدل عند التعدد. والحكم الأول - إباحة الزواج - مقصود تبعاً من النص والحكمان الباقيان إباحة الأربع، والاقتصار على الواحدة مقصودان منه أصالة.

ب. قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^٤ فمدلول هذا النص حكام كل منهما مقصود من سياق النص وهما نفي التماثل بين البيع والربا، وحل البيع وحرمة الربا، فالأول مقصود أصالة من السياق لأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا والثاني مقصود من السياق تبعاً.^٥

^١ راجع تيسير التحرير ٨٦ / ١.

^٢ أصول السرخسي ٢٣٦ / ١ كشف الاسرار مع البزدوي ٦٨ / ١.

^٣ النساء / ٣

^٤ البقرة / ٢٧٥

^٥ كشف الاسرار مع أصول البزدوي ٦٨ / ١.

الفرع الثاني إشارة النص (دلالة الإشارة)

إشارة النص هي دلالة اللفظ على حكم غير مقصود بالسوق ولكنه لازم للحكم الذي سبق الكلام لأجله وليس بظاهر من كل وجه^١ ومن أمثلتها:

١- قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ... الآية﴾^٢.

فهذا النص يدل بالعبرة على اباحة الأكل والشرب والاستمتاع بالزوجات في جميع ليالي رمضان من المغرب إلى طلوع الفجر الصادق.

ويدل بالإشارة على صحة صوم من أصبح جنباً مادام الاستمتاع جائزاً إلى طلوع الفجر.

٢- وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٣.

فهذا النص يدل بعبارة على أن نفقة الوالدات والمولودين - من رزق وكسوة - واجب على الآباء لا يشاركون فيها غيرهم. ويدل بإشارة النص على أن الولد ينسب إلى أبيه دون أمه، لأنه أضاف الولد إليه بحرف اللام التي هي للإختصاص.

ويتفرع عن كون النسب للوالد أحكام أخرى منها:

١- إن الولد يكون قرشياً إذا كان أبوه من قرش ولو كانت أمه غير قرشية، ويظهر أثر هذا الاعتبار عند من يعتبره في الكفانة والإمامة الكبرى.

٢- إن نفقة الولد واجب على أبيه لا يشاركه فيها أحد لأنه هو المختص بالإضافة إليه^٤.

٣- للوالد وحده حق تملك مال ولده عند الحاجة^٥.

^١ المرجع السابق.

^٢ البقرة/ ١٨٧.

^٣ البقرة ٢٣٣.

^٤ أصول السرخسي ١/ ٢٣٧ المرة ٢/ ٧٥.

بإشارات النصوص كمعان التزامية لمدلولاتها أو يقول السرخسي (الإشارة من العبارة بمنزلة الكناية والتعريض من التصريح، أو بمنزلة المشكل من الواضح).^١
لهذا يتطلب إدراكها مزيداً من الفهم بألفاظ الشريعة ومدلولاتها اللفظية أو بتعبير آخر لا بد من الملكة التي تنير الطريق في هذا الميدان. ومن هذا المنطلق أدى تفاوت العقول والأفهام في إدراكها لدى الفقهاء إلى اختلافهم في الأحكام المستنبطة من النصوص عن طريق دلالة الإشارة لاختلاف وجهات نظرهم في طريق الدلالات وأساليب القرآن الكريم في بيان الأحكام الشرعية ومن تلك الأحكام الخلافية مايلي:

أ- الاختلاف في صحة صوم من أصبح جنباً متعمداً، فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم بالصوم لقوله تعالى: ﴿أَحِلُّ لَكُمْ لَيْلَةُ الصَّيَّامِ الرَّقْثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ فهو يدل بإشارة النص على صحة الصوم مع الجنابة لدلالاتها على إباحة الاستمتاع بالزوجة إلى آخر جزء من الليل فلو كانت الجنابة مفطرة لوجب على الصائم الغتسال قبل الاصباح وذلك ماينفيه لازم عبارة النص.

وذهب بعض الفقهاء كالشيعة الامامية إلى فساد صوم من أصبح جنباً متعمداً^٢ قال الطوسي: "يجوز له إذا بقي من طلوع الفجر مقدار ما يغتسل فيه من الجنابة ودليلنا اجتماع الفرقة على أن من أصبح جنباً متعمداً من غير ضرورة لزمه القضاء والكفارة".^٣ وهذا يعني أنهم لهم يأخذوا بإشارة النص في هذه الآية، لاجتماع أئمتهم على العمل بخلافها.

ب - الاختلاف في أحقية أحد الأبوين بالنفقة اذا كان الولد لا يستطيع الانفاق على أحدهما، إذ لفقهاء الأحناف فيه ثلاثة أقوال،^٤ أولها هو تقديم الأم لعجزها، وثانيها هو تقديم الأب لوجوب نفقة الابن عليه في الصغر، وثالثها هو تقسيم النفقة بينهما لمساواتهما في درجة القرابة.

^١ كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري مع البزدوي ١ / ٧٠.

^٢ أصول السرخسي ١ / ٢٤٠.

^٣ كنز العرفان في فقه القرآن للحلي ١ / ١٧٢.

^٤ الخلاف للطوسي ١ / ٣٨٠.

^٥ البدائع ٤ / ٣٦ فما بعدها فتح القدير ٣ / ٣٤٧.

ومن قَدَم الأب على الأم استدل بدلالة الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ وقال إن الأب مقدم في حق الإنفاق من مال الابن على من سواه ممن لهم حق النفقة من الأقرباء بما في ذلك الأم لأن الأب لما كان منفرداً بوجوب نفقة الولد عليه يجب أن يكون منفرداً أيضاً بالإنفاق عليه من مال هذا الولد.

ومن قال بتقديم الأم استدل بحديث أبي هريرة ((أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ)) فقال من أحق الناس بحسن صحابتي يا رسول الله قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال أبوك)).

الفرع الثالث

دلالة النص

دلالة النص هي دلالة اللفظ على ثبوت الحكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في معنى يدرك كل عارف باللغة أن هذا المعنى هو منطوق الحكم من غير حاجة إلى نظر واجتهاد. ويستوي في ذلك أن يكون ما سكت عنه أولى بالحكم مما ذكر أو مساوياً له.^٢

ومن هنا اعتبر العلماء أن الحكم الثابت بدلالة النص ثابت بطريق المفهوم اللغوي لا بطريق الاجتهاد والاستنباط، لأن موجب الحكم الذي تحقق في المسكوت عنه - كما تحقق في عبارة النص - إنما كان إدراكه بمجرد المعرفة باللغة وإن كان الظهور والوضوح على مراتب تتفاوت بحسب طبيعة النص وحسب إدراك من يريد استنباط الحكم من النص.^٢

وسمى البعض هذه الدلالة دلالة الدلالة، لأن الحكم فيها يؤخذ من معنى النص لا من لفظه. وسماها الكثيرون فحوى الكلام معناه.⁴

وهي تسمى عند الشافعية بمفهوم الموافقة لان مدلول اللفظ في محل السكوت موافق لمدلوله في محل النطق . فما دلت العبارة وما دلت عليه الدلالة متوافقان في موجب الحكم^١ ومن الامثلة على هذه الدلالة:

^۱ رواه البخاری ومسلم.

٢ التوضيح مع التلويع ١ / ١٣١.

^٢ كشف الاسرار مع البزدوي ٧٣/١. تفسير النصوص للدكتور محمد أديب صالح ٥١٦/١.

أساس البلاغة ص ٢٣٥ فما بعدها ومن الأصوليين من قال في فحوى الخطاب المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق.

١ - قوله تعالى في جرائم الاموال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^١ فالآية تدل بعبارتها على حرمة أكل اموال اليتامى ظلماً وتدل بدلالاتها على التحريم كل مايؤدل إلى إتلافها كالإحراق أو التضييع أو تقصير الولي في المحافظة عليها، لأن المخاطب يفهم باللفظة ان قصد الشارع من الآية هو تحريم الاعتداء على اموال اليتامى أيًا كان وجه الاعتداء.

ب - قوله تعالى في احكام المحرمات من النساء: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾^٢، فالآية تدل بعبارة النص على تحريم الزواج بالأخت والعمة والحالة الى آخرها، وتدل بدلالة النص على تحريم الجدات وبنات الاولاد مثلاً، لأن البصير باللفظة يدرك أن وجه التحريم هو القرابة الداعية لنوع خاص من الاعتزاز والتكريم وان هذا السبب نفسه متوفر في هذه القربيات أيضاً.

ويجد الباحث لدى بعض المتأخرين من علماء الحنفية الأصوليين كعبد العزيز البخاري^٣ والكمال بن الهمام^٤ تقسيم دلالة النص إلى قطعية وظنية.^٥ فالقطعية هي ما قطع فيها بموجب الحكم المنصوص عليه وبوجوده في المسكوت عنه الذي يراد تعديده الحكم اليه، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَوْ لَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^٦، فدلالة النهي عن على تحريم ايذاء الوالدين بأي لون من الإيذاء كالضرب والشتم دلالة قطعية، لأن المعنى المبني عليه الحكم يوجد في هو الضرب والشتم من باب أولى.

والظنية هي التي لم يقطع فيها بموجب الحكم المنصوص عليه أولاً يمكن القطع بوجوده في المسكوت عنه لاحتمال أن يكون غيره هو المقصود.

^١ كشف الاسرار مع البزودي ٧٣/١ .

^٢ سورة النساء / ١٠

^٣ النساء/ ٢٣.

^٤ هو عبد العزيز بن احمد البخاري (ت - ٧٣٠ هـ)

^٥ هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المشهور بابن الهمام (ت - ٨٦١ هـ)

^٦ كشف الاسرار مع البزودي ٣٧ / ١ التحرير مع التقرير والتحجير ١١٣ / ١ فما بعدها.

^٧ الاسراء / ٢٣.

وعندما تكون دلالة النص قطعية يكاد الا يوجد مكان للخلاف في ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه، وإنما الخلاف فيما ثبت به الحكم للمسكوت عنه على ثلاثة اقوال، قول يرى ثبوته بالقياس الجلي، وهو رأي جمهور الشافعية والمختار لليضاوي، وقول يرى ثبوته بدلالة النص، وهو المعروف عن الحنفية، وقول يرى ثبوته بالمنطوق وهو رأي بعض الأصوليين.

وأما إذا كانت دلالة النص ظنية بأن كان موجب الحكم مظنوناً في كل منهما أو في أحدهما فإن العلماء من الأصوليين والفقهاء اختلفت وجهات نظرهم في وجود المعنى الموجب للحكم في المسكوت عنه وعدم وجوده وآل بهم هذا الى الإختلاف في كثير من المسائل الفقهية منها ما يلي:

١- اختلف الفقهاء في حكم اللواط على اقوال:

فذهب أبو حنيفة الى أن عقوبة مرتكب هذه الجريمة هي التعزير فقط، وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي ومن وافقهم الى ان هذه الجريمة هي بمنزلة الزنى وان على مرتكبها حد الزنى، وهو رأي الإمام أحمد أيضاً في رواية له، وذهب الى هذا قبل هؤلاء عثمان البتي والحسن بن صالح وإبراهيم وعطاء. وذهب الامام مالك والليث ومن وافقهما الى ان عقابها الرجم محصناً كان المجرم او غير محصن وهو رواية ثانية عن الامام احمد. والاصل في هذه المسألة هو قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً... الآية﴾^١ فإنه يدل بطريق العبارة على وجوب حد الزانية والزاني ويدل بطريق الدلالة على وجوبه في اللواط، فذهب أبو حنيفة ومن وافقه الى عدم الأخذ بدلالة النص، لأن مناط الحد في الزنى هلاك نفس معنى وحكماً، لأن الولد الذي يتخلف من السفاح هو في حكم المعدومة من عدة وجوه منها ضياع النسب وعدم وجود المستول عن الانفاق عليه، وهذا غير متحقق في اللواط لان الموضع ليس موضع حرث وانجاب نسل، ولان الشهوة في الزنى ثابتة من الطرفين بخلاف اللواط، ولان هذا العمل هو مما تنفر منه الطباع السليمة ولا يقدم عليه الا الشواذ وذهب الآخرون الى الأخذ بدلالة النص لان علة حد الزنا هي سفح الماء في غل

محرم مشتهى وهذا المعنى أكثر توافقاً في اللوطة فتكون الحرمة فيها أبلغ^١.

ب - اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة في القتل العمد:

فذهب الجمهور - ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة - الى عدم وجوب الكفارة في القتل العمد، وذهب الشافعي ومن وافقه الى وجوبها فيه كما تجب في القتل الخطأ. والاصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^٢ فهذا النص يدل بعبارة النص على وجوب الكفارة في القتل الخطأ - وعنصر القصد فيه غير متوفر - فلأن تجب في العمد - وعنصر العمد فيه متوفر - أجدر وأحرى^٣.

وذهب الجمهور الى أن العلة الموجبة للكفارة إنما هي تدارك ما صدر من تهاون المخطئ وعدم تثبته الذي ادى الى هلاك النفس المحترمة المعصومة، وليست زجراً لان المخطئ غير آثم، فالعلة التي توافرت في القتل الخطأ لم تتوفر في القتل العمد . ولا يلزم من تدارك التهاون في القتل الخطأ بالكفارة صلاحيتها لتدارك ما هو الأقوى، وما يتدارك به الأخف لا يصلح ان يتدارك به الأقوى^٤.

وما قاله الحنفية هو ان الأخذ بدلالة النص هنا يعارضه دلالة الاشارة في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾^٥، فإن هذا النص يدل بطريق الاشارة على عدم وجوب الكفارة على القاتل المعتدى، لأنه تضمن حصر كامل الجزاء بما ذكر من خلوده في جهنم وتعرضه لغضب الله ولعنه وما أعد له من العذاب^٦. ودلالة الإشارة أقوى من دلالة النص، لأن دلالة الإشارة دلالة مباشرة عن طريق الالتزام ودلالة النص دلالة بواسطة المعنى الذي كان مناط الحكم والذي يدل بلا واسطة أقوى مما يدل بالواسطة فترجحت الإشارة على الدلالة عند التعارض^٧.

^١ - راجع أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٣٠٣ المغنى لابن قدامة ٨/ ١٨٦ فما بعدها، المذهب للشيرازي ٢/ ٢٦٨ نيل الاوطار للشوكاني ٧/ ١٢٢ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٤ فما بعدها، فتح القدير ٤/ ١٥٠ فما بعدها .

^٢ - النساء/ ٩٢.

^٣ - مسلم الشبوت مع فواتح الرحموت ١/ ٤٠٩ التحرير مع التقرير والتحجير ١/ ١١٣.

^٤ - تبين الحقائق شرح الكنز للزيلعي ١١/ ٦١ فما بعدها.

^٥ - النساء/ ٩٣.

^٦ - مسلم الشبوت مع فواتح الرحموت ١/ ٢٥٣ فما بعدها.

^٧ - المنار وشرحه لابن مالك ١/ ٥٢٩.

الفرع الرابع اقتضاء النص

دلالة اقتضاء النص هي دلالة الكلام على معنى خارج يتوقف عليه صدق ذلك الكلام أو صحته الشرعية أو العقلية^١. أي إذا توقف صدق الكلام أو صحته الشرعية أو العقلية على معنى خارج عن اللفظ قيل للدلالة على هذا المعنى المقدر دلالة اقتضاء لأن استقامة الكلام تقتضي هذا المعنى وتستدعيه. والحامل على التقدير والزيادة هو المقتضي، والمزيد هو المقتضى والدلالة على أن هذا الكلام لا يستقيم إلا بذلك التقدير، والزيادة هو الإقتضاء. وما ثبت به هو حكم المقتضى.

وبناء على هذا فإن الدلالة على الحكم المستفاد من دلالة الاقتضاء لا تكون من ذات الألفاظ، ولا من لازمها ولا من مفهومها اللغوي وإنما تكون بأمر زائد اقتضاه صدق الكلام أو صحته.

والمعنى الذي يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عند الأصوليين ثلاثة أقسام^٢:

١- ما أوجب ضرورة صدق الكلام تقديره كما في قوله (ﷺ) فيما رواه ابن عباس: ((إن الله وضع عن امتي الخطأ والنسياء وما استكرهوا عليه))^٣، ومعلوم أن الخطأ والنسيان لم يرفعا بدليل وقوع الأمة في كل منهما فلا بد إذن من تقدير مخوف مثل: وضع إثم الخطأ أو حكمه.

٢- ما أوجب ضرورة صحة الكلام عقلاً تقديره كما في قوله تعالى: ﴿فَلْيَدْعُ نَادِيَهُ﴾^٤ فهذا الكلام لا يصح عقلاً بدون تقدير مخوف لأن النادي - وهو المكان - لا يدعي فلا بد من مقدر يستقيم به الكلام وهو الأهل، فليدع أهل ناديه.

^١ التلويح على التوضيح ١/ ١٣٧.

^٢ البزودي مع الكشف ١/ ٧٦.

^٣ هذا الحديث يروي في كثير من كتب الأصول والفقه رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وجاء في اللالائي قول السيوطي لا يوجد بهذا اللفظ وأقرب ما وجد ما رواه ابن عدي في الكامل عن أبي بكر بلفظ رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه. انظر المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٢٨ - ٢٢٩ كشف الحفاء ومزيل الالباس للعجلوني ١/ ٤٣٢.

^٤ العلق/ ١٧.

٣- ما أوجب ضرورة صحة الكلام شرعاً تقديره كالأمر بالتحريض في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ الذي هو في معنى الأمر أي فحرروا رقبة فهذا الأمر مقتض للملك فكأنه قال فتحير رقبة مملوكة^١ وهذه الأنواع الثلاثة تدخل في دلالة الاقتضاء عند عامة الأصوليين من متقدمي الحنفية وأصحاب الشافعي ومن تابعهم.

عموم المقتضى

المقتضى ما وجب تقديره لصدق الكلام أو لصحته العقلية أو الشرعية^٢ كما سبق وما يصلح التقدير إذا كان عدة أمور يختلف في معنى باختلافها فعند عدم قرينة تحدد المراد يصبح التمين محل الخلاف إذا كان متردداً. وقد اختلف وجهات النظر العلماء في مقتضى إذا كان يشمل افراداً كثيرين اختلافاً كان له أثره في كثير من الفروع والأحكام، والسبب في ذلك هو الخلاف في عموم المقتضى وعدم عمومه على الوجه الآتي:

١- ذهب جماعة الى أن المقتضى يحمل على العموم في كل ما يحتمله لأنه أعم فائدة^٣ ونسب بعض الشافعية والحنفية هذا القول الى الشافعي (رحمه الله)^٤ واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

أ. اضرار أحد الحكمين ليس بأولى من اضرار آخر، فإما أن لا يضر حكم أصلاً وهو غير جائز لأنه تعطيل لدلالة اللفظ أو يضر الكل وهو المطلوب^٥.
ب. المقتضى هو مطلوب النص ومراده فصار كالمذكور نصاً ولو كان مذكوراً كان له العموم أو الخصوص فكذلك إذا وقع مقتضى النص^٦.

٢. ذهب الحنفية وكثير من غيرهم كالآمدي والغزالي من العلماء الشافعية الى أن المقتضى لا عموم له، بل يقدر ما دلّ دليل على إرادته، فإن لم يدلّ الدليل على إرادة

^١ كشف الاسرار مع البزدوي ١/ ٧٦٠ التوضيح مع التلويح ١/ ١٤٠.

^٢ أي عند المتقدمين من الحنفية دون المتأخرين.

^٣ أرشاد الفحول ص ١٣١ كشف الاسرار مع البزدوي ٢/ ٥٦٤.

^٤ انظر تهريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٥ البزدوي مع الكشف ١/ ٧٦.

^٥ راجع ارشاد الفحول ص ١٣١.

^٦ تهريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٥.

واحدة معين مما يصح تقديره كان مجملًا. قال الشوكاني من الزيدية وهذا هو الحق واختاره أبو اسحاق الشيرازي وابن السمعان وفخرالدين الرازي وابن الحاجب^١، واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

١. إن العموم للالفاظ لا للمعاني. قال أبو اسحاق الشيرازي: المجمع من القول المفتقر إلى إضماره لا يدعي في إضماره العموم، وذلك مثل قوله عز وجل: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾ فإنه يفتقر إلى إضمار، فبعضهم يضرر وقت إحرام الحج أشهر معلومات، وبعضهم يضرر وقت أفعال الحج أشهر معلومات، فالعمل عليها لا يجوز بل يحمل على ما يدل الدليل على أنه مراد به، لأن العموم من صفات النطق فلا يجوز دعواه في المعاني^٢.

٢. أن ثبوته كان ضرورة والضرورات تقدر بقدرها مادام الكلام مفيداً بدونه^٣.

٣. وذهب جماعة إلى أنه يحمل على الحكم المختلف فيه لأن ما سواه معلوم بالإجماع وناقش أبو اسحاق الشيرازي^٤ هذا الرأي واعتبره خطأ وقال: لا يجوز حمل على موضع الخلاف لأنه ترجيح بلا مرجح إذ أن احتماله لموضع الخلاف ولغيره واحد فلا يجوز تخصيصه لموضع الخلاف.

وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في مسائل فقهية منها مايلي:

أ- اختلف الفقهاء في بطلان صلاة من تكلم سهواً أو خطأ، من قال بعموم المقتضى كالشافعي ومن وافقه قال بعدم بطلان الصلاة لأن الحكم المرفوع في حديث ابن عباس ((رفع عن أمي الخطأ والنسيان...)) يشمل الديني والأخروي فلا تبطل الصلاة بالكلام القليل سهواً أو خطأ في الدنيا ولا يأنم المصلي الذي تكلم في صلاته خطأً أو ناسياً في الأخرى^٥.

^١ ارشاد الفحول ص ١٣١.

^٢ اللع لأبي اسحاق الشيرازي ص ١٦.

^٣ راجع المستصفي للغزالي ص ٣١٧.

^٤ اللع ص ١٧.

^٥ راجع منهاج النووي مع مغنى المحتاج ١ / ٤٣٠.

ومن لم ير العموم في المقتضى كالحنفية ومن وافقهم قال إن من تكلم في صلاته خطأً أو ناسياً بطلت صلاته لأن الذي وضع عن الأمة في الحديث هو الإثم المقتضى للعقوبة في الآخرة وليس البطلان المقتضى للإعادة وهو الحكم الديني^١.

ب - اختلفوا في بطلان الصيام بالاكل خطأ أو إكراهاً، فذهب الحنفية^٢، والمالكية^٣ إلى أن من أكل خطأً أو مكرهاً - وهو صائم - فعليه القضاء، لكن الحنفية قالوا إن المخطئ والمكره يفطر قياساً ولا يفطر استحساناً.

وروجه الاستحسان قوله (ﷺ) للذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك^٤.

وذهب الشافعية^٥، والحنابلة^٦ وابن حزم الظاهري^٧ ومن وافقهم^٨ إلى عدم وجوب القضاء ودليل الشافعية ومن وافقهم ليس عموم المقتضى فعسب بل استدلوا أيضاً بما رواه أبو هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله (ﷺ) "من نسي وهو صائم فأكمل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"^٩ وقالوا، المكره أولى بعدم البطلان من الناسي لأنه مخاطب بالاكل لدفع الضرر عن نفسه.

ج - اختلفوا في وقوع طلاق المكره، فذهب الحنفية^{١٠} إلى وقوع طلاق المكره. وهذا القول مروى عن النخعي وابن المسيب والثوري والشعبي. وقالوا المكره مختار من التكلم اختياراً كاملاً في السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرين فاختر أهونهما عليه^{١١} وقاسوه أيضاً على الهازل من حيث وقوع الطلاق بما مع مباشرة السبب

^١ راجع فتح القدير ١ / ٣٩٥ .

^٢ فتح القدير ١ / ٣٩٥ البدائع ٣ / ١٠٠ .

^٣ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٥٢٥ .

^٤ وفي رواية أبي هريرة "من نسي وهو صائم فأكمل أو شرب فليتم صومه."

^٥ المجموع النووي ٦ / ٢٨٥ .

^٦ نيل المارب ١ / ١٠٠ .

^٧ المحلى ٦ / ٢٢٠ .

^٨ نيل الأوطار ٦ / ٢٤٩ .

^٩ رواه أبو هريرة سبل السلام ٢ / ٢١٢ .

^{١٠} فتح القدير ٣ / ٤٨٨ .

^{١١} المرجع السابق.

(لفظ الطلاق) في الحالتين وعدم قصد الناطق معناه^١. وقد ثبت حكم طلاق الهازل بالمحدث الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة)^٢.

وذهب المالكية^٣، والشافعية^٤، والحنابلة^٥، والشيعة الإمامية^٦، والزيدية^٧، والظاهرية^٨، إلى أن طلاق المكره^٩ غير واقع لعدم مقتضى وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم.

ويلاحظ أن المالكية اتفقوا مع الحنفية في وجوب القضاء على المفطر مكرهاً واختلفوا معهم في طلاق المكره إذ لا يرون وقوعه، والسبب في ذلك هو أن المالكية متفقون مع الحنفية في عدم اشتراط الرضا في موانع العبادات، خلافاً للشافعية والحنابلة والظاهرية.. ولكنهم يختلفون معهم في اشتراط الرضا للأسباب الناقلة للملكية التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والخلع ونحوهما^{١٠}.

وأرى أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره لوجوه منها:

١- قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾^{١١}. والشرك أعظم من الطلاق فإذا لم يلزم بأثره كفره وشركه تحت ضغط الإكراه فمن باب أولى لا يلزم بأثر طلاقه في نفس الظرف.

^١ البدائع ٣/ ١٨٢.

^٢ رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب، انظر نيل الاوطار ٤٩/٦.

ويلاحظ أن المشهور في كتب الفقه هو العتاق بدل الرجعة.

^٣ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٣٦٧.

^٤ المهذب للشيرازي ٢/ ٧٨.

^٥ المغنى لابن قدامة ٧/ ١١٨.

^٦ المختصر النافع ١/ ١٩٧.

^٧ منهاج الوصول في شرح معيار العقول في أصول الزيدية (ق ١٤٢) مطبوع دار الكتب المصرية.

^٨ المحلى ١٠/ ١٠٢.

^٩ إذا كان الإكراه بغير حق.

^{١٠} انظر الإكراه بين الشريعة والقانون لذكريا البرديسي ص ٣٩٣ فما بعدهما.

^{١١} النحل/ ١٠٦.

٢- قول النبي (ﷺ) ((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)) ففسر علماء المجاز الإغلاق^١ بالإكراه أي لا يقع طلاق من أغلق عليه باب القصد والإرادة لما أكره عليه.

٣- إن ما ذهب إليه الحنفية لا يسنده نص بل إنه مبني على النظر المجرد انسياقاً مع أصلهم من أن الحكم المقدر في حديث ابن عباس هو المحذوف دون المقتضى، ولما لم يسمعهم القول بعدم عموم المحذوف قالوا بالاشتراك والمشارك لا عموم له والمتقدمون منهم وإن ذهبوا إلى أن المقدر هو المقتضى إلا أنهم قالوا، المقتضى لا عموم له. وهكذا بنوا أحكاماً على اصطلاح قد لا يكون مسلماً لدى الآخرين .

^١ وفسره أهل العراق بالغضب. راجع إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان. ص ١١.

المبحث الثاني

منهج الجمهور

قسم الجمهور اللفظ باعتبار دلالة إلى المنطوق والمفهوم، والمنطوق إلى الصريح وغير الصريح، وغير الصريح إلى المقصود وغير المقصود. وقسموا المفهوم إلى مفهوم الموافقة وإلى مفهوم المخالفة.

دلالة المنطوق:

عبارة عن دلالة اللفظ على حكم في محل النطق^١. كقوله تعالى: ﴿وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ فالآية دلت على حرمة الربيبة مطلقاً سواء كانت في حجر زوج أو لم تكن، وإنما تحرم الربيبة حيث كانت الأم مدخولاً بها. وكقوله (ﷺ) ((في الغنم السائمة زكاة)) فالنص يدل بمنطوقه على وجوب الزكاة في الغنم السائمة.

وينقسم المنطوق إلى منطوق صريح وإلى منطوق غير صريح، فالمنطوق الصريح عبارة عن دلالة اللفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمن (ويسمى عبارة النص عند الحنفية) كقوله تعالى: ﴿وَاحِلَ اللَّهِ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فالنص يدل بمنطوقه الصريح على نفي الماثلة بين البيع والربا وعلى حل الأول وحرمة الثاني.

أما المنطوق غير الصريح فهو دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام، فاللفظ لم يوضع للحكم لكن الحكم لازم للمعنى الذي وضع له ذلك اللفظ، وذلك كدلالة قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ على أن النسب يكون للأب دون الأم وعلى أن نفقة الولد عليه لا عليها.

وينقسم المنطوق غير الصريح بالاستقراء بالنسبة لدلالة الحكم إلى ثلاثة أنواع هي دلالة اقتضاء ودلالة إيماء ودلالة إشارة، وذلك لأن المدلول الالتزامي إما أن يكون مقصوداً

^١ انظر مختصر المنتهى مع شرح العضد وحاشية السعد ١٧١/٢

للمتكلم من اللفظ بالذات أو لا يكون مقصوداً، فالأول بحكم الاستقراء قسمان هما دلالة الاقتضاء ودلالة الإيماء، والثاني دلالة الإشارة.^١

١. دلالة الاقتضاء: هي دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته العقلية أو الشرعية وهي نفس دلالة الاقتضاء عند الحنفية، ويرتبط عليها عند الجمهور ما يرتبط عليها عند الحنفية من التأثير في اختلاف الفقهاء..

دلالة الإيماء: هي اقتران الوصف بحكم لو لم يكن هو أو نظيره علة لكان الاقتران به بعيداً كقوله تعالى في عقوبة السرقات: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ فالنص يدل دلالة إيماء على أن وصف السرقة علة لوجوب قطع اليد.

وكقوله (ﷺ) في المعاملات المالية عندما سئل عن جواز بيع الرطب بالتمر: (أينقص الرطب إذا ييس؟) فقالوا: نعم فقال: (فلا إذن) فالنص يدل بالإيماء على أن النقصان هو علة حرمة بيع الرطب بالتمر.

وهذا النوع: لا يلتقي مع أي نوع من أنواع الدلالات الأربع السابقة لدى الحنفية.

٢. دلالة الإشارة: هي دلالة اللفظ على لازم غير مقصود للمتكلم ولا يتوقف عليه صدق الكلام ولا صحته، ومثّل لها الأمدى بما مثّل به الحنفية لدلالة الإشارة فقال: قوله تعالى: ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُمْ﴾ أباح المباشرة ممتدة إلى طلوع الفجر بقوله: ﴿حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ﴾ وكان بيان ذلك هو المقصود من النص ومع ذلك لزم منه أن من جامع في ليل رمضان وأصبح جنباً لم يفسد صومه لأن من جامع في آخر الليل لا بد من تأخر غسله إلى النهار، فلو كان ذلك مما يفسد الصوم لما أبيح الجماع في آخر جزء من الليل.^٢

فعليه لا خلاف بين مسلك الجمهور ومسلك الحنفية أيضاً في دلالة الإشارة من حيث الماهية ومن حيث التأثير في اختلاف الفقهاء..

^١ راجع الأسنوي بشرح البدخشي ٣١١/١

^٢ راجع الإحكام في أصول الأحكام للآمدى ٢/٢٠٩.

دلالة المفهوم:

هي عبارة عن دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه، كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ﴾ الذي يدل بمنطوقه على تحريم التأفف، ويدل بمفهومه على تحريم جميع الأذى، وهي إما مفهوم الموافقة وهو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه وموافقته له نفيًا أو اثباتًا لا اشتراكهما في معنى يدرك بمجرد معرفة اللغة دون الحاجة إلى بحث واجتهاد. وهو يسمى دلالة النص عند الحنفية إذ لا فرق بينهما من حيث الماهية ومن حيث التأثير في اختلاف الفقهاء على ضوء ماسبق في بحث دلالة النص.

وأما مفهوم المخالفة فهو عبارة عن دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، وقد تقدم مثاله.

ونتكلم فيما يأتي عن كل من المفهومين في فرع مستقل.

الفرع الأول

مفهوم الموافقة

مفهوم الموافقة من حيث لم ينكره أحد سوى ابن حزم الظاهري ومن وافقه من الظاهرية، وانتقده ابن رشد على ذلك وقال إن المفهوم من باب السمع والذي رد ذلك يرد نوعاً من الخطاب. وقال ابن تيمية: إنكاره مكابرة محضة. لكن العلماء من الأصوليين والفقهاء اختلفوا في مفهوم الموافقة في أمرين:

١- هل يشترط أولوية المناسبة في المسكوت عنه أو لا؟

٢- دلالة المسكوت عنه هل هي دلالة لفظية أو قياسية؟

واختلفوا في الأمر الأول على قولين، أحدهما هو أنه يشترط لتحقيق مفهوم الموافقة أن يكون مناط الحكم في المسكوت عنه أشد مناسبة كما في تحريم الضرب الثابت بالمفهوم، فإن الإيذاء في الضرب أشد من إيذاء التأفف. نقل الجويني هذا القول في البرهان عن الشافعي^١ واختاره الأمدى^٢ وابن الحاجب^٣ وذهب إليه الشيعة الإمامية^٤.

^١ مخطوطة المكتبة المركزية بغداد.

^٢ راجع الأحكام للأمدى ٢/٢١٠.

^٣ مختصر ابن الحاجب مع العضد والسعد ٢/١٩٧٣. التقرير والتحبير مع التحرير ٨/ ١١٢.

وثانيهما هو أن لا يكون المعنى المبني عليه الحكم أقل مناسبة سواء وجدت الأولوية أو المساواة، وهذا هو ما جئنا إليه الجمهور.^٢

وكانت نتيجة هذا الخلاف هي أن من يشترط أولوية المناسبة لا يرى إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق عن طريق المفهوم في حال المساواة بل إنما يكون ذلك عن طريق القياس وبين الطريقتين فرق يأتي بيانه.

واختلفوا في الأمر الثاني أيضاً على قولين أولهما هو أن دلالتها قياسية، وإلى هذا مال الشافعي، ونقله الهندي في النهاية عن الأكثرين^٣، وبه قال بعض الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة^٤ وأخذ به كثير من الزيدية.^٥

واستدلوا على ذلك بأن ثبوت الحكم للمسكوت عنه يتوقف على معرفة المعنى الذي هو مناط الحكم - علة الحكم - الظاهر لمن يعمن النظر، إذ لو قطعنا النظر عن المعنى الذي سيق له الكلام من كف الأذى عن الوالدين - مثلاً - وعن كونه في الشتم والضرب أشد منه في التأنيف لما قضى بتحريم الشتم والضرب إجماعاً، ولا معنى للقياس إلا هذا.^٦ وثانيهما هو أن هذه الدلالة مستفادة من النطق، وهو ما ذهب إليه المتكلمون بأسرهم والأشعرية والمعتزلة والشيعة الإمامية، قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني الصحيح من المذاهب أنه جار مجرى النطق.

ولكنهم اختلفوا في هذه الدلالة أي حقيقة عرفية أم مجاز؟ ذهب بعضهم إلى الأول فقال إن المنع من التأنيف منقول بالعرف عن موضوعه اللغوي إلى المنع من أنواع الأذى.^٧

^١ مبادئ الوصول إلى علم الأصول.

^٢ تقويم الأدلة للذبوسي (٢٤٠) فما بعدها، أصول البزدوي ١/٢٤٤ فما بعدها، أصول السرخسي ١/٢٤٥ فما بعدها.

^٣ إرشاد الفحول ص ١٧٨.

^٤ التقرير والتحبيد مع التحرير ١/١٠٩ روضة الناظر لابن قدامة ٢/٢٠١.

^٥ منهاج الوصول في أصول الزيدية (ق ١٠٩) عطفة دار الكتب المصرية.

^٦ الأحكام للامدي ٢/٢١١.

^٧ إرشاد الفحول ص ١٧٨.

وذهب بعضهم إلى الثاني وقال الدلالة مجازية من باب إطلاق الأخص وإرادة الأعم وإن ذلك يفهم بالسياق والقرائن. ومال إلى هذا قسم من المحققين كالغزالي وابن القشيري والآمدي وابن الحاجب^١.

ويرى البعض أن النزاع في كون الدلالة لفظية أم قياسية نزاع لفظي لأن الكل متفقون على اعتبار هذا النوع من الدلالة على الحكم سواء سموه مفهوم الموافقة أم سموه قياساً. فمن نظر إلى أن إلحاق المسكوت بالمنطوق إلحاق فرع بأصل لاشتراكهما في علة جامعة بينهما فاعتبره قياساً جلياً، ومن نظر إلى أن المعنى الذي هو مناط الحكم يدرك بمجرد معرفة اللغة دون حاجة إلى اجتهاد واستنباط أسماء مفهوم الموافقة (أو دلالة النص). ويبدو هذا واضحاً من كلام إمام الحرمين والغزالي والبيضاوي والتفتازاني^٢.

حتى إن البيضاوي جعل هذه الدلالة مفهوماً تارة وقياساً تارة أخرى، فقال في بحث مفهوم الموافقة كدلالة التأنيف على تحريم الضرب^٣ وقال في بحث القياس، القياس إما قطعي أو ظني فيكون الفرع بالحكم أولى كتحرим الضرب على تحريم التأنيف^٤.

غير أن الأمر يتطلب التفريق بين موقف الشافعية وابن حزم الظاهري ومن وافقهم من جهة، وبين موقف الحنفية والشيعة الإمامية من جهة أخرى في أمرين اثنين، أحدهما هل يمكن إثبات الحدود والكفارات بالقياس أم لا؟ وثانيهما هل يمكن القول بالقياس أم لا؟ فالشافعية لا يتأثر موقفهم مع أي من الاصطلاحين بالنسبة لإثبات الحدود والكفارات فهم يشبثونها على حد سواء بالقياس أو بمفهوم الموافقة.

وموقف ابن حزم الظاهري لا يتأثر بأي من الاصطلاحين أيضاً فهو يرفض العمل بالمفهوم الموافق كما يرفض الأخذ بالقياس^٥.

أما الحنفية فإن موقفهم يتأثر بهذا الاختلاف، وذلك لأنهم لا يشبثون الحدود والكفارات بالقياس ولو كان جلياً ويشبثونها بدلالة النص (مفهوم الموافقة). وقد ذكر الإمام الدبوسي كثيراً من التطبيقات الفقهية من هذا القبيل وبرهن أنها مأخوذة من النص دون القياس^٦.

^١ إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٧٨ .

^٢ انظر حاشية سعد مع العبد ومختصر المنتهى ١٧٣/٢ وفيه لنا أنا قاطعون بإفادة هذه الصيغ لهذه المعاني قبل شرع القياس.

^٣ البيضاوي مع الاسنوي والبدخشي ٣١١/١.

^٤ المرجع السابق ٢٦/٣.

^٥ الأحكام لابن حزم ٩٢٩/٧.

وسلك السرخسي هذا المسلك أيضاً فقال في أصوله: "ولذلك جوزنا إثبات العقوبات والكفارات بدلالة النص وإن كنا لا نجوز ذلك بالقياس".^١ ومن هنا قال صاحب التقرير والتحجير^٢. قيل إن النزاع لفظي وعندي فيه نظر بالنسبة إلى ما عليه مشايخنا من أنه لا يصح إثبات الحدود والكفارات بالقياس ويصح بدلالة النص.

ويختلف الأمر كذلك بالنسبة إلى الشيعة الإمامية لأنه لو كان القياس مساوياً للمفهوم الموافق حقيقة ومعنى لما أنكروا القياس بعد قولهم بمفهوم الموافقة. فموقفهم أيضاً يتأثر بالاختلاف بين هذين المصطلحين.

الترجيح:

ويبدو لي أن الراجع هو القول بأن مفهوم الموافقة غير القياس بالمعنى الحقيقي للقياس الذي يقوم عليه الاستنباط والتأمل لمعرفة العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه، لأن دلالة مفهوم الموافقة وأساسها إدراك المعنى المبني عليه حكم المنطوق والمسكوت بمجرد معرفة اللغة، وعلى ذلك فإن تسمية الشافعي مفهوم الموافقة بالقياس مجرد اصطلاح حسب الظاهر ولا يترتب عليه أي تأثير في استنباط الأحكام، وإن بناء ابن حزم الظاهري رفضه لمفهوم الموافقة على أساس أنه وإلى جانب ذلك فإن مفهوم الموافقة (أو دلالة النص) سواء اعتبر قياساً جلياً أم لم يعتبر فهو من مفاخر الشريعة الإسلامية في استنباط ما يمكن أن تدل عليه من الأحكام.^٣

ثم إن المسألة تدل على ما أوتي علماء المسلمين من الإدراك لأسرار هذه الشريعة ومدلول الخطاب فجعلهم ينطلقون من حدود اللفظ المجرد إلى ما يمكن أن يفهم منه عن طريق النوق الفقهي السليم في حدود اللغة التي نزل بها الكتاب الكريم وورد بها كلام الرسول الأمين، وفي ذلك كله ما فيه من دفع الحرج والمساهمة في إعطاء الحلول لما قد يجد من الحوادث التي لا تتناهى مع الزمن.

^١ تقويم الأدلة مخطوطة دار الكتب المصرية (٢٣٧-٢٤٤).

^٢ راجع أصول السرخسي ٢٤١/١-٢٤٢.

^٣ التقرير والتحجير مع التحرير ١١٠/١.

^٤ تفسير النصوص ص ٤٩١.

ومن التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في الأخذ بمفهوم الموافقة:

الاختلاف في وجوب الكفارة على من أفطر بغير الوقاع في نهار رمضان، لا خلاف في أن من أفطر بالجماع في نهار رمضان عمداً تجب عليه الكفارة وهي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً عملاً بمنطوق ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه من أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال تجد ما تعتق رقبة؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً؟ قال: لا، ثم جلس فأتي النبي ﷺ بعرق فيه تمر، فقال: تصدق بهذا، فقال: أعلى أفقر منا؟ فما بين لابتيتها أهل بيت أحوج إليه منا: فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه، ثم قال: اذهب فأطعمه أهلك^١.

فالفقهاء اتفقوا على دلالة الحديث بمنطوقه على وجوب الكفارة على من جامع في نهار رمضان عدواناً^٢ معسراً كان أو موسراً فالمعسر ثبت في ذمته على بعض الأقوال^٣. ولكن اختلفوا في دلالاته بمفهوم الموافقة على وجوب الكفارة على من أفطر عدواناً بغير الجماع من الأكل أو الشرب.

فذهب الحنفية^٤ والمالكية^٥ والشيعة الإمامية^٦ إلى الأخذ بمفهوم الموافقة في هذا النص وقالوا بوجوب الكفارة بغير الجماع أيضاً لأن علة هذا الحكم هي الجنابة على الصوم وتقويت ركنه وهو الإمساك عن المفطرات ومنها الوقاع، وأن الأكل والشرب تتحقق فيهما هذه العلة فيثبت لكل منهما عن طريق مفهوم الموافقة (أو دلالة النص) حكم الجماع المدلول عليها بالمنطوق (عبارة النص)^٧.

^١ رواه السبعة واللفظ لمسلم سبل السلام ١٦٣/٢.

^٢ المجموع للنووي ٢٩٥/٦.

^٣ سبل السلام المرجع السابق.

^٤ بداية مع الهداية وفتح القدير ٣٣٨/٢. وفيه ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة.

^٥ بداية المجتهد ٢٥٨/١ بلغة السالك ٢٣٦/١.

^٦ الخلاف للطوسي ٣٨٨/١.

^٧ أصول السرخسي ٢٤٤/١ فما بعدها مسلم الشبوت مع شرح فواتح - الرحموت ٤٠٩/١ المنار لابن ملك وحواشيه ٥٣٢/١.

وذهب سعيد بن جبير والنخعي وابن سيرين وحماد والشافعي وأحمد إلى أن العلة هي تفويت ركن الصوم بالوقوع دون غيره فلا تجب عليه الكفارة إذا أفطر بغير الجماع من أكل أو شرب.

ويبدو من هذا التحليل أن الاختلاف لا يعود على الخلاف في العمل بأصل مفهوم الموافقة وإنما يعود إلى تحديد المعنى الذي بنى عليه حكم المنطوق هل هو الجماع بعينه فلا يتعدى إلى غيره، أو هو معنى يتضمن الجماع وغيره فيتعدى إلى كل مفطر، أو إفساد بجهة مقصودة حتى يتعدى إلى المأكولات والمشروبات ولا يتعدى إلى ابتلاع الحصة والنواة؟^١ ذهب الشافعية والحنابلة ومن وافقهم إلى أن المعنى المبني عليه الحكم هو الجماع نفسه فلا تلزم الكفارة بغيره.^٢

وذهب مالك إلى أن السبب هتك حرمة صيام رمضان فتجب الكفارة بكل ما كان هتاكاً له إلا الردة.^٣

وذهب أبو حنيفة ومن وافقه^٤ إلى أن المعنى الذي بنى عليه الحكم هو الجماع أو الأكل أو الشرب على أن يكون المأكول أو المشرب مما يتغذى به أو يتداوى به، فعليه إذا بلع حصة أو نواة فلا كفارة عليه وهو رأي عطاء والحسن والزهري والثوري والأوزاعي وإسحاق بن راهويه.

^١ شفاء الغليل للغزالي ص ٦٣.

^٢ المجموع للنووي ٢٩٥/٦. المذهب ٢١٧/٢.

^٣ بداية المجتهد ٢٥٨/١ الموطأ المنتقى ٥١/٢-٥٢.

^٤ بدائع الصنائع ٩٧/١ فما بعدها.

الفرع الثاني

مفهوم المخالفة

سبق أن بيّنا أن مفهوم المخالفة عبارة عن دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، والعلماء من الأصوليين والفقهاء اختلفوا في حجية هذا المفهوم على التفصيل الآتي:

ذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن المفهوم المخالف الذي سَمَّوه (المخصوص بالذكر) من التمسكات الفاسدة، أو أنه عبارة عن العمل بالنصوص بوجوه فاسدة على اختلاف تعابيرهم^١ وهم متفقون في عدم الأخذ به في نصوص الكتاب والسنة، ولكنهم يختلفون فيما عدا ذلك.

فالمتقدمون منهم لا يُفرِّقون في عدم الأخذ به، بين نصوص الشارع وكلام الناس، وصرَّح بذلك الجصاص ورواه عن شيخه أبي الحسن الكرخي.

والتأخرون منهم حصروا نفيه في كلام الشارع فقط وقالوا بحجيته في المصنفات الفقهية، وفي كلام الناس في عقودهم وشروطهم وسائر عباراتهم نزولاً على حكم العرف والعادة. وقال السرخسي: إنه ليس بحجة في خطابات الشارع وأما في مصطلح الناس وعرفهم فهو حجة^٢.

وقال بعكس ذلك بعض المتأخرين من الشافعية، فاعتبروا المفهوم المخالف حجة في كلام الله ورسوله وغير حجة في كلام غيرهما. كذا حكاه الزركشي^٣. وذهب جمهور الظاهرية إلى نفي المفهوم مطلقاً سواء كان مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة^٤.

وذهب جمهور المالكية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ ومن وافقهم إلى أن مفهوم المخالفة حجة في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة، وإلى أنه طريق من طرق الدلالة على الحكم ولكن اختلفوا في مفهوم اللقب فقال أكثرهم بعدم حجيته.

^١ البزدوي مع كشف الأسرار ٥٧٣/٢. إرشاد الفحول ص ١٧٩.

^٢ أصول السرخسي ٢٤٦/١.

^٣ إرشاد الفحول المرجع السابق.

^٤ الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٨٨٧/٧ فما بعدها.

أدلة العائنين: استدل النافون لحجية المفهوم المخالف بأدلة منها:

أ- إن ثبوت الحكم للمنطوق يكون بعبارة النص إما نفيه عن المسكوت عنه استناداً إلى العبارة إما أن يكون ثابتاً بالعقل أو يكون بالنقل، والعقل لا مجال له في إثبات اللغات، والنقل إما أن يكون بطريق التواتر أو الآحاد، والتواتر لا وجود له إلا لما حدث الخلاف، وخبر الآحاد لا يفيد إلا الظن والظن لا يشبث به لغة يصح أن ينزل عليها كلام الله وكلام رسوله، لجواز الخطأ فيه فلم يبق إذن دليل يصح الاحتجاج به على نفي الحكم عن المسكوت عنه.^١

ويرد هذا الدليل بأن النقل الآحادي يكتفي به عملياً في إثبات اللغة لأن اشتراط التواتر في نقل اللغة يعني تعطيل التمسك بأكثر اللغة لتعذر التواتر فيها الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل العمل بأكثر الألفاظ في نصوص الكتاب والسنة والأحكام الشرعية.

ب- إن انتفاء حكم المنطوق عن المسكوت في نص من النصوص مرده العدم الأصلي أو البراءة الأصلية في حل أو حرمة، وإن النصوص في الكتاب والسنة لا تتضمن ما يدل على الأخذ بمفهوم المخالفة بل هي واردة بما يدل على فساد سلوك هذا السبيل في اعتباره من طرق الدلالة على الأحكام، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ﴾^٢ فإن هذا النص أفاد بمنطوقه حرمة الظلم في فترة زمنية مداها هذه الأشهر الأربعة، ولو أخذ بمفهوم المخالفة لا تقتضى عدم النهي عن الظلم في غير هذه الأشهر.

ويرد هذا الدليل بأن من شروط الأخذ بمفهوم المخالفة ألا يكون للمسكوت عنه نص خاص يدل على حكمه كما يأتي، وهذا الشرط لم يتحقق هنا لأن الظلم في جميع الأوقات وفي جميع الأمكنة قد ثبتت حرمة بنصوص أخرى من الكتاب والسنة.

^١ التلمساني ص ١١٤.

^٢ الأسنوي مع البدخي ٣١٥/١ فما بعدها.

^٣ المسودة ص ٣٥١.

^٤ مختصر المنتهى مع شرح العضد وحاشية السعد ١٧٩/٢.

^٥ التوبة/٣٦.

أدلة المشتبهين: استدلل القائلون بحجية المخالفة بأدلة منها:

أ- أن أبا عبيد القاسم بن سلام من أئمة اللغة لما سمع قول النبي (ﷺ) (لَيُّ الْوَاجِدِ ظَلَمٌ يُحِلُّ عَرَضَهُ وَعَقُوبَتَهُ) قال هذا يدل على أن ليَّ غير الواجد ليس بظلم، هذا وأن الشافعي قال به أيضاً وهو من أئمة اللغة، فكان قولهما بالمفهوم المخالف نقلاً عن لغة العرب.

وأجيب هذا الدليل بأنه يعارض بقول الأخفش ومحمد بن الحسن الشيباني وهما من أئمة اللغة أيضاً ولا يقولان بالمفهوم المخالف.

ب- ما رواه مسلم وأبو داود وغيرهما عن يعلى بن أمية، أن يعلى قال لعمر بن الخطاب، ما بالناس نقصر الصلاة بعد أن أمنا؟ وقد قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَرَّيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلْيَسْنَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^١. قال عمر رضي الله عنه: عجبت مما عجبت منه فسألت النبي (ﷺ) فقال صدقة تصلق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته.

وجه الاستدلال من الآية هو أَنَّ كُلاًّ من يعلى وعمر بن الخطاب فهما من تقييد قصر الصلاة بحال الخوف عدم قصرها عند زوال الخوف^٢.

ج- إن تخصيص الشيء بالذكر لا بد له من فائدة كما هو شأن كلام البلغاء في عباراتهم فكيف بكلام الشارع الحكيم؟ فإن لم يكن له فائدة سوى أن للمسكوت حكماً مخالفاً للحكم المذكور تعين القول بتلك الفائدة.

وأجيب هذا الدليل، بأنه يجوز أن تكون الفائدة شيئاً آخر لم يظهر بالنسبة إلى بعض الأنعام.

التدريج:

يبدو لي أن الرأي الراجح هو القول بحجية مفهوم المخالفة لأنه موافق للمنقول والمعقول. أما المنقول فلأن هناك نصوصاً من الكتاب والسنة يؤخذ منها بوضوح أن تقييد النص بقيد يدل على أن الثابت عند انتفاء هذا القيد هو نقيض الحكم الثابت عند وجوده، وذلك

^١ ليه يفتح اللام وهو مدافعتة والتعليل في أداء الحق الذي عليه، وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه (مطل الغنى ظلم، راجع العدة ١١٧/٤).

^٢ النساء/١٠١.

^٣ مختصر المنتهى مع شرح العضد وحاشية السعد ١٧٨/٢.

كقوله تعالى: ﴿وَرَبَّانِيكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إذا اتفق جميع العلماء - باستثناء الظاهرية - على عدم حرمة الريبة إذا انتفى قيد الدخول بأمرها. وكقوله (ﷺ) (في الغنم المائنة زكاة) إذا اتفق العلماء - باستثناء مالك والليث بن سعد - على الأخذ بمفهوم المائنة فقالوا: بعدم وجوب الزكاة في المعلوفة.^١

وأما المعلول فلأن الذي يتفق مع المنطق البياني السليم هو أن القيد من وصف أو شرط أو غاية أو غير ذلك لا يمكن أن يكون عبثاً بل هو لفائدة وسبب فإذا لم يكن هنالك مقاصد بيانية أخرى من وراء ذكر القيد من ترغيب أو ترغيب أو نحوهما ولم يبق دليل خاص على حكم المسكوت غير أخذه من القيد يجب الأخذ بهذا الطريق من طرق الدلالة، فإذا كان الحل مقيداً بقيد ما، فالتحريم يكون عند تحلف هذا القيد والعكس بالعكس.

شروط الأخذ بمفهوم المخالفة:

لمفهوم المخالفة شروط اتفق عليها الآخذون به وهي:

١- ألا يوجد في المسكوت عنه دليل خاص يدل على حكمه، ولهذا لا يعتبر مفهوم المخالفة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى... الآية﴾.^٢ ولا يقال بعدم قتل الذكر بالأنثى لوجود نص خاص يبين حكم قتله بها وهو قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ... الآية﴾.^٣

٢- ألا يكون للقيد الذي قيد به النص فائدة أخرى غير إثبات خلاف حكم المنطوق للمسكوت، ولهذا لم يعتبر مفهوم المخالفة قائماً في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً﴾^٤ ولا يقال بجواز أكله إن لم يكن أضعافاً مضاعفة،^٥ لأن هذا الوصف جاء للتنفير مما كان عليه العرب في الجاهلية من أكل الربا أضعافاً مضاعفة. ثم إن قوله تعالى: ﴿وَرَن تَبْتُم فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا

^١ راجع الموطأ مع شرحه للزرقاني ١١٣/٢. تبين الحقائق للزيلعي ٢٥٩/١. المذهب للشيرازي ١٤٢/١. المغنى لابن قدامة ٥٧٦/٢.

^٢ البقرة/١٧٨.

^٣ المائدة/٤٥.

^٤ آل عمران/١٣٠.

^٥ الطبري ٢٠٤/٧.

- تُظَلَمُونَ^١ دليل على أن الربا حرام سواء وجد وصف من أضعاف المضاعفة أم لا.
- ٣- أن يكون الكلام الذي ذكر فيه القيد مستقلاً، فلو ذكر على وجه التبعية لشيء آخر فلا مفهوم له^٢، فعليه لا مفهوم لقيد الاعتكاف في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾^٣ خلافاً للظاهرية فإنهم احتجوا بهذا النص على أن المعتكف يباح له مباشرة النساء في غير المسجد فقالوا: إن مفهومه فإن كنتم في غير المساجد فباشروهن.
- ٤- ألا يكون ذكر القيد قد خرج مخرج الغالب، فعليه لا مفهوم لقيد المجبور في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ لأن الغالب كون الرئائب في حجور أزواج أمهاتهن^٤، فلا يجوز إذن التزوج من الربيبة، وهي بنت الزوجة من غير، سواء كانت الربيبة في المجبور أو لم تكن ما دام دخل بأمرها.

أهم أنواع مفهوم المخالفة:

مفهوم الصفة:^٥

- وهو دلالة اللفظ الموصوف بوصف خاص على إثبات نقيض الحكم المذكور للمسكوت الذي انتفى عنه ذلك الوصف. وقد اتسع مدى الاختلاف بين العلماء في حجية مفهوم الصفة الذي هو من أهم أنواع مفهوم المخالفة، وأبرز الأقوال فيه ثلاثة:
- ١- إنه حجة مطلقاً ويعتبر طريقاً من طرق الدلالة على الحكم. وإليه ذهب مالك والشافعي وأحمد وأكثر أصحابهم والأشعري وجماعة من المتكلمين وأبو عبيدة وجماعة من أهل اللغة.
- ٢- إنه ليس بحجة مطلقاً فلا يعتبر طريقاً من طرق الدلالة على الحكم، فإذا قيد الحكم بصفة لم يدل ذلك على نفي ذلك الحكم عما عدا المتصف بها، فإذا انتفى فإنما يكون ذلك لدليل آخر، وإليه ذهب الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية

^١ البقرة/٢٧٩

^٢ إرشاد الفحول ص ١٨٠

^٣ البقرة/١٨٧.

^٤ التلمساني ص ١١٩.

^٥ المذهب للشيرازي/٢/١٩٤ فتح القدير ١١٣/٢.

والمالكية والزيدية ووافقهم بعض أئمة اللغة كالأخفش وابن فارس وابن جني.^١
 ٣- حجة إذا كان الوصف مناسباً للحكم كما في حديث، (في سائمة الغنم زكاة) فإنّ التقييد بالسوم - وهو الرعي في الكلأ المباح دون إرهاق صاحب الماشية بشمن العلف - يشعر بسهولة الانتفاع ووفرته وهذا يناسب فرض الزكاة في الغنم التي ترعى في ذلك الكلأ.

من المسائل الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الأخذ بمفهوم الصفة:

اختلاف الفقهاء في أيلولة ملكية ثمر النخل غير المؤبر إذا بيع النخل دون ذكر الثمر، وسبب خلافهم الاختلاف في الأخذ بمفهوم الصفة الواردة في قول الرسول (ﷺ) (من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع).^٢ وهذا النص يدل بمنطوقه على أن النخل المؤبر إذا بيع وعليه ثمر لا يدخل هذا الثمر في البيع بل يبقى على ملك البائع إلا إذا اشترط خلاف ذلك في العقد. وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في حكم الثمر إذا لم يكن النخل مؤبراً.

فمن أخذ بمفهوم الصفة في النص قال الثمر على النخل غير المؤبر يدخل في بيع النخل ويصبح ملك المشتري وإلى هذا ذهب جمهور العلماء.^٣ قال ابن قدامة إن الحديث جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري وإلا لم يكن حداً ولا كان ذكر التأبير مفيداً.^٤

ومن لم يأخذ بمفهوم الصفة قال إن ثمر النخل لا يدخل في بيعه سواء كان مؤبراً أو غير مؤبر. وإلى هذا ذهب الحنفية ومن وافقهم فقالوا، إن الثمر لا يدخل في بيع النخل إلا إذا اشتمل العقد على التصريح بدخوله فيه أو اشترط المشتري أن يكون هذا الثمر له.

^١ المراد بالصفة عند الأصوليين تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانيه ليس بشرط ولا غاية.

^٢ الإحكام للامدي ٢/٢١٤ القواعد لابن اللحام ص ٢٨٦. شرح تنقيح الفصول ص ٥٤ التلمساني ص ١١٧ إرشاد الفحول ص ١٨٠ منهاج الوصول إلى شرح معيار العقول في أصول الزيدية (٤٦) فما بعدها، الأعلام للزركلي ٣/٢١٥.

^٣ المهذب للشيرازي ١/٢٧٩ المغنى مع الشرح الكبير ٥/١٩١. البدائع ٥/١٦٤. أسباب اختلاف الفقهاء للخفيف ص ١٥٢.

^٤ المغنى والشرح الكبير ٥/١٩١.

مفهوم الشرط:^١

وهو دلالة اللفظ الذي علق فيه الحكم بشرط على ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت الخالي عن ذلك الشرط. وهو حجة عند الجمهور، وقال بجحيته أيضاً جماعة ممن لم يقل بجحية مفهوم الصفة كابن سريج والإمام فخر الدين الرازي من الشافعية والكرخي من الحنفية^٢، أما الأحناف وبعض من وافقهم فذهبوا إلى عدم جحيته. وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في مسائل فرعية منها:

الاختلاف في نفقة المرأة البائن غير الحامل.

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية ومن وافقهم إلى عدم وجوبها أخذاً بمفهوم الشرط في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حُمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^٣ فهذا النص يدل بمنطوقه على وجوب النفقة للبائن ثلاثة إذا كانت حاملاً، وبمفهوم الشرط على عدم وجوبها إن لم تكن حاملاً. وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى خلاف ذلك فلم يروا جحية مفهوم الشرط ولا الفرق بين الحائل والحامل فقالوا بوجوبها سواء كانت حاملاً أو حائلاً، إذ النص لما سكت عن حكم نفقة الحائل فإنه يبقى على أصله وهو الوجوب لوجوب النفقة مطلقاً قبل الطلاق. وحكمة وجوبها - وهي الاحتباس - باقية طيلة العدة بغض النظر عن وجود الحمل أو عدمه^٤.

ومن قال بهذا القول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشوري والحسن بن صالح وعثمان البتي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وابن مسعود من الصحابة^٥.

^١ المراد به الشرط اللغوي وهو ما دخل عليه إن أو إذا أو ما يقوم مقامها مما يدل على سببية الأول ومسببية الثاني لأن الشرط في اصطلاح المتكلمين هو الذي يتوقف عليه المشروط ولا يكون داخلاً فيه.

^٢ القواعد لابن اللحام ص ٢٨٦ إرشاد الفحول ص ١٨١.

^٣ الطلاق/٦.

^٤ فتح القدير ٤٠٣/٤ فما بعدها.

^٥ المغنى لابن قدامة ٢٨٩/٩ أصول الفقه للبرديسي ص ٣٨٠.

مفهوم العدد:

وهو تعليق الحكم بعدد مخصوص يفهم منه ثبوت نقيض الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً.

وأخذ بهذا المفهوم الشافعي والطبري والماوردي وغيرهم ونقله أبو الخطاب الحنبلي عن الإمام أحمد، وبه قال مالك وداود الظاهري وصاحب الهداية من الحنفية. ومنع العمل به المانعون من العمل بمفهوم الصفة^١ حتى عد من مفردات الصفات عند بعض القائلين به كأبي المعالي.

ومن للمسائل الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الأخذ بمفهوم العدد مايلي:

١- اختلفوا في حكم ماء أصابته النجاسة وهو دون القلتين وسبب الخلاف هو أن قول الرسول (ﷺ) (إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث)^٢ لأن مفهومه أن ما دون القلتين يحمل الخبث.^٣

وذهب مالك والظاهري والإمام أحمد في أحد قوليه وجماعة من أصحابه إلى أن الماء طهور قليلاً كان أو كثيراً عملاً بحديث (إن الماء طهور لا ينجسه شيء)^٤ وإنما حكموا بعدم طهورية ما غيرت النجاسة أحد أوصافه للإجماع على ذلك. لا بمفهوم العدد. وذهب الحنفية والشافعية ومن وافقهم إلى تقسيم الماء إلى قليل تضره النجاسة مطلقاً وإلى كثير لا تضره إلا إذا غيرت بعض أوصافه. ثم اختلفوا بعد ذلك في تحديد القليل والكثير:

فذهب أبو حنيفة ومن وافقه إلى تحديد الكثير من الماء بما لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر، وقالوا إذا وقعت نجاسة في أحد الجانبين جاز الوضوء من الجانب الآخر، لأن الظاهر أن النجاسة لا تصل إليه، ويعتبر أبو حنيفة وأبو يوسف التحريك بالاغتسال، ويعتبره محمد بن حسن الشيباني بالتوضؤ.

وذهب بعض الحنفية إلى التقدير بالمساحة عشراً في عشر بذراع الكيراس توسعة

^١ إرشاد الفحول ص ١٨١ القواعد لابن اللحام ص ٢٨٨.

^٢ سبل السلام ١٦/١

^٣ التلمساني ص ١١٩.

^٤ رواه أبو سعيد الخدري وأخرجه الثلاثة من أصحاب السنن ما عدا ابن ماجه وصححه أحمد سبل السلام ١٦/١.

للأمر، وعليه الفتوى^١، وما عداه فهو القليل.

وذهب الشافعية كما قلنا إلى تحديد الكثير من الماء بما بلغ قلتين من قلال هجر وذلك نحو خمسمائة رطل، أخذاً بمفهوم العدد في حديث القلتين وما عداه فهو القليل.

ب- اختلف الفقهاء في جواز خيار الشرط فيما زاد على ثلاثة أيام، وسبب خلافهم هو ما روى عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال: ذكر رجل وهو حبان بن منقذ للنبي (ﷺ) أنه يمدح في البيوع فقال له (إذا بايعت فقال لا خلافة)^٢. متفق عليه وزاد ابن إسحاق في رواية يونس بن بكير وعبد الأعلى عنه ((ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاثة ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد))^٣.

فذهب أبو حنيفة والشافعي وزفر ومن وافقهم إلى عدم جواز الزيادة على ثلاثة أيام فاحتج الشافعي بمفهوم المخالفة للعدد^٤، واحتج أبو حنيفة ومن وافقه بأن اشتراط أكثر من ثلاثة أيام مخالف للقياس.

ولمالك تفصيل في الموضوع، فقال إذا كان المبيع بما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم. وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة ولعل الإمام أحمد أخذ بنفس الرأي^٥.

وذهب بعض العلماء^٦ إلى عدم جواز الاحتجاج بحديث حبان ابن منقذ على خيار الغبن لأنه خاص به، أي لا يثبت خيار الغبن لغيره لعموم أدلة البيع ونفاذه من غير تفرقة بين الغبن وغيره، وقد خص الحديث به وجعل له الخيار لضعف عقله إذ لم يخرج تصرفه عن تصرف الصبي المميز المأذون له فثبت له الخيار مع الغبن.

ويبدو لي أن الراجح هو ما ذهب إليه الإمام مالك وذلك لتحليله العلمي في الموضوع وإتيانه بتفصيل يتفق مع طبيعة المعاملة مع ما في هذا التفصيل من رعاية مصلحة كل من البائع والمشتري.

^١ البداية مع الهداية بشرح فتح القدير ٧٩/١ فما بعدها.

^٢ بكسر الخاء وتخفيف اللام أي لا خديعة... سبل السلام ٣٥/٣.

^٣ سبل السلام ٣٥/٣.

^٤ المهذب للشيرازي ١٥٨/١.

^٥ المغنى لابن قدامة ٩٥/٤ فما بعدها.

^٦ فتح القدير ٣٠١/٦، أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الحفيف ص ١٥٧ سبل السلام ٣٥/٣ فما بعدها.

الفصل الثالث

تقسيم الألفاظ باعتبار وضوح الدلالة وخفائها

لتحديد دلالة اللفظ على معناه من ناحية الوضوح والخفاء أثر ملموس في الاختلاف في استنباط الأحكام. ولذلك عنى العلماء بتقسيم الألفاظ الواردة في نصوص الكتاب والسنة باعتبار وضوحها في الدلالة على الأحكام إلى قسمين رئيسين:

١. واضح الدلالة على معناه بحيث لا يحتاج فهم المراد منه أو تطبيقه على الوقائع إلى أمر خارج عنه.

٢. خفي الدلالة على معناه بحيث يحتاج فهم المراد منه أو تطبيقه إلى أمر خارج عنه.

والألفاظ التي هي واضحة الدلالة ليست على درجة واحدة من الوضوح بل بعضها أوضح من بعض، وكذلك الألفاظ الخفية ليست متساوية في الخفاء وإنما بعضها أشد خفاءً في دلالتها على الأحكام من البعض الآخر.

وفي ضوء هذا التفاوت من جانبي الوضوح والخفاء سلك كل من الحنفية والجمهور طريقاً خاصاً في التقسيم.

فاتبع علماء الحنفية مسلك تقسيم اللفظ باعتبار وضوح دلالاته إلى الظاهر والنص والمفسر والمحكم، وباعتبار خفائها إلى الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه.

وسلك الجمهور منهج تقسيم اللفظ: باعتبار الوضوح إلى الظاهر والنص، وباعتبار الخفاء إلى المجمل والمتشابه.

وسنحاول عرض هذين المنهجين في أربعة مباحث، أولها في التقسيم باعتبار الوضوح عند الحنفية، وثانيها في التقسيم باعتبار الوضوح عند الجمهور، وثالثها في التقسيم باعتبار الخفاء عند الحنفية، أما رابعها فهو في التقسيم باعتبار الخفاء عند الجمهور.

المبحث الأول

التقسيم باعتبار الوضوح عند الحنفية

تنقسم الألفاظ عند الحنفية باعتبار وضوح الدلالة إلى أربعة أقسام، وهي الظاهر والنص والمفسر والمحكم، وفيما يلي تفصيل كل قسم من هذه الأقسام:

١. الظاهر:

هو ما يدل على معناه بنفسه مع احتمال التخصيص والتأويل وقبول النسخ^١. وزاد المتأخرون من الحنفية على هذا التعريف قيداً آخر وهو ألا يكون مقصوداً بالسوق^٢. كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فإنه يدل أصالة على نفي المماثلة بين البيع والربا، وتبعاً على حل البيع وحرمة الربا فهو باعتبار هذه الدلالة التبعية يسمى ظاهراً. فكل من البيع والربا لفظ عام يحتمل التخصيص الذي يضيّق دائرة شموله.

وقوله تعالى: ﴿فَلَا كُفْرًا مَّا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَتًى وَثَلَاثَ رِبَاعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُحَدِّثُوا فَوَاحِدَةً﴾ ظاهر في إباحة الزواج بما طاب من النساء الذي هو مدلوله التبعية إذ سيق النص أصالة لتحديد العدد بالأربع عند العدل والواحدة عند خوف الجور.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَدَّتْهُنَّ﴾ سيق أصالة لبيان مراعاة وقت الطلاق عند إرادته ومع ذلك فهو ظاهر في الأمر بأن لا يزيد المطلق على تطليقة واحدة.

وحكم الظاهر هو وجوب العمل بما يدل عليه من الأحكام حتى يقوم دليل صحيح على تخصيصه أو تأويله أو نسخه.

^١ أي قبل وفاة الرسول (ﷺ) إذ لا نسخ بعد انتهاء عصر التشريع.

^٢ تصير التحرير ١٣٦/١ فما بعدها، الازميري ٣٩٨/١

٢. النص:

هو لفظ يدل دلالة واضحة على حكم سيق لأجله وهو يشمل التخصيص والتأويل احتمالاً أضعف من احتمال الظاهر مع قبوله النسخ في عهد الرسالة.^١
فالآيات الثلاث التي أوردناها مثلاً للظاهر هي أمثلة للنص أيضاً باعتبار دلالتها على الأحكام أصالة، وهي نفي المماثلة بين البيع والربا في الأول وتحديد عدد النساء في الثانية، ومراعاة وقت الطلاق عند إرادته في الثالثة.
وحكمه حكم الظاهر من حيث وجوب العمل بما يدل عليه حتى يقوم دليل التخصيص أو التأويل أو النسخ، غير أن هذا الاحتمال في النص أبعد منه في الظاهر نظراً لزيادة ضوحه.

٣- المفسر:

هو اللفظ الذي دل على معناه دلالة واضحة بحيث لا يبقى معها احتمال التخصيص أو التأويل مع احتمال للنسخ في عهد التشريع.^٢ وبذلك يعتبر أقوى من الظاهر والنص وضوحاً ويقدم عليهما عند التعارض. مثل قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.^٣
فلفظ المشركين عام يشمل التخصيص إلا أن كلمة (كافة) تنفي هذا الاحتمال ولذا يكون الحكم هنا وجوب القتال لا غير، ولا يتحقق امتثال الأمر إلا بقتال كافة المشركين دون استثناء..

ومن المفسر أيضاً اللفظ المجمل الذي جاء نص من الشارع بيانه فأزال إجماله كالفاظ الصلاة والزكاة والحج التي أعطى الشارع لكل منها مدلولاً معيناً غير مدلوله اللفظي.
وبذلك يكون للمفسر موردان، أحدهما هو الاستفادة من الصيغة نفسها، والثاني هو الاستفادة من بيان تفسير قطعي ملحق بالصيغة صادر من له سلطة البيان كالمجمل الذي

^١ أصول السرخسي ١٦٤/١. كشف الاسرار مع البزدوى ٤٦/١.

^٢ أصول السرخسي ١٦٥/١.

^٣ التوبة/ ٣٦.

بينته السنة بياناً قاطعاً^١. ومن الواضح أن دلالة المفسر على الحكم أقوى من دلالة النص والظاهر لذا يقدم عليهما عند التعارض^٢.
وحكم المفسر هو وجوب العمل بما يدل عليه قطعاً كما فسره مشرعه حتى يقوم الدليل على نسخه، فلا يصرف عن معناه بتأويل أو تخصيص.

٤- المحكم:

هو اللفظ الذي دل على معناه دلالة واضحة قطعية لا تحتمل التأويل ولا التخصيص ولا النسخ، وتكون أحكامه متعلقة بأحد الأمرين الاتيين:

- أ. الأحكام الأساسية المتعلقة بقواعد الدين وأمهات الفضائل وأسس الشريعة.
- ب. الأحكام التكليفية التي لا تقبل النسخ والإبطال من الشارع كالأحكام الجزئية التي وقع التصريح بتأييدها ودوامها. ومن هذا القبيل قوله تعالى في تحريم نكاح أزواج النبي (ﷺ) من بعده: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَكَأَنَّ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدًا﴾^٣. وقوله (ﷺ) ((الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة))^٤.

والمحكم إما لذاته أو لغيره، فالمحكم لذاته هو ما لا يقبل النسخ لذاته كالأمثلة السابقة. والمحكم لغيره هو ما يكون محكماً بخارج من النص كانتها. مجال نسخه بوفاء الرسول (ﷺ) والمحكم بهذا المعنى يشمل الأقسام الأربعة التي تكلمنا عنها.
كان لثفاوت درجة الوضوح بين هذه الأقسام الأربعة أثره الملحوظ في اختلاف الفقهاء عند استنباط الأحكام من النصوص، وقد برز هذا الخلاف في المجالات التالية:

- أ. الاختلاف في اعتبار نص من نصوص الكتاب أو السنة قسماً من هذه الأقسام.
 - ب. الاختلاف في قيام التعارض بين قسمين من هذه الأقسام.
 - ج. الاختلاف في كيفية رفع التعارض بين القسمين المتعارضين.
- وفيما يلي نماذج من الخلافات الفقهية المبنية على الخلاف المذكور:

^١ أصول البزدوي مع الكشف ٥٠/١ أصول عباس حمادة ص ٤٣٨.

^٢ كشف الأسرار مع البزدوي ٤٤/١.

^٣ الأحزاب/٥٣.

^٤ الحديث ورد بروايات أخرى راجع نيل الأوطار ١٤٣/٦.

١- اختلفت آراء الفقهاء في قراءة المأموم الفاتحة خلف الإمام بسبب التعارض الموجود - ظاهراً - بين قوله (ﷻ) (لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب) ^١ وقوله (ﷻ) (من كان له إمام فقرأ الإمام له قراءة) ^٢. إذ الأول ظاهر في نفي صحة كل صلاة خالية عن الفاتحة سواء كان المصلي منفرداً أو مقتدياً لأن (لا) هذه لنفي الجنس فيتناول صلاة المقتدي والمنفرد.

والثاني نص لأنه أشد وضوحاً في إفادة معناه من الأول إذ يفيد أن قراءة الإمام تغني عن قراءة المأموم.
وجملة الآراء خمسة:

أ - وجوب قراءة المأموم خلف إمامه فيما يجهر به وفيما لا يجهر سواء سمع قراءة الإمام أم لم يسمعها. وذهب إلى هذا مكحول والأوزاعي والشافعي وأبو ثور، لأن حديث (لا صلاة لمن لم يقرأ بها) دليل على إيجاب قراءة الفاتحة خلف الإمام تنقيصاً، وظاهر في عموم الصلاة الجهرية والسرية وفي كل ركعة أيضاً. ^٣

ب - وجوب قراءة المأموم خلف إمامه في الصلاة السرية دون الجهرية وهذا ما ذهب إليه الزهري وبعض المالكية وابن المبارك وأحمد بن حنبل. ^٤

ج - قال الهادوية لا يقرأها المؤتم خلف إمامه في الجهرية إن سمع وفيما عدا ذلك يقرأها.

ولعل أهم ما تمسك به أصحاب القول الثاني والثالث هو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾. ^٥ وحديث ((إذا قرأ فأنصتوا)) ^٦.

د - قال الحنفية وسفيان الثوري، لا يقرؤها المأموم لا في سرية ولا في جهرية. وهذا القول دافع عنه عبد العزيز البخاري واعتبر حكم القراءة خلف الإمام دائراً بين

^١ في رواية عبادة لأحمد وأبي دود والترمذي وابن حبان: لعلكم تقرأون خلف أمامكم؟ قلنا نعم قال لا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب فإنه لا صلاة لمن لا يقرأ بها. سبل السلام ١٧٠/١ فما بعدها.

^٢ من صلى خلف الإمام فقرأ الإمام له رواه جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم وصححه أحمد سبل السلام ١٧١/١.

^٣ سبل السلام ١٧١/١.

^٤ نيل المارب ٥٧/١.

^٥ الأعراف/ ٢٠٤.

^٦ سبل السلام ١٧١/١ منهج السالك في مذهب الإمام مالك ص ٣٣.

حديثين أحدهما نص والآخر ظاهر - كما مر بنا - وطبيعي أن يقدم النص على الظاهر ويحمل الظاهر عليه.

والقائلون بوجوب قراءتها خلف الإمام اختلفوا أيضاً، فقال البعض يقرؤها خلال وقفات الإمام بين الايات، وقال الآخرون يقرؤها في سكوته بعد تمام قراءة الفاتحة، ولا دليل على هذين القولين في حديث عبادة، إذ أنه دال على أنها تقرأ عند قراءة الإمام الفاتحة.

٢- اختلف الفقهاء فيمن تزوج امرأة لمدة شهر مثلاً هل يكون ذلك متعة أو زوجاً؟ قال السرخسي في أصوله: ومن التعارض بين النص والمفسر من تزوج امرأة شهراً فإنه يكون ذلك متعة لانكاحاً، لأن قوله تزوجت نص في النكاح ولكن احتمال المتعة قائم فيه، وقوله شهراً مفسر في المتعة ليس فيه احتمال النكاح، فإن النكاح لا يتمل التوقيت بحال، فإذا اجتمعا في الكلام رجعنا المفسر فكان متعة لا نكاحاً^١. وهذا هو رأي الجمهور.

وقال زفر يعتبر نكاحاً صحيحاً لا متعة لأن التوقيت شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما إذا تزوجتها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط^٢.

٣- اختلف الفقهاء في قبول شهادة المحدودين حد القذف، ومن أسباب هذا الخلاف تعارض نصين أحدهما مفسر والآخر محكم وهما قوله تعالى في شأن الشهادة والشهود: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^٣ وقوله تعالى في شأن المحدودين حد القذف: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾.

فالنص الأول مفسر في قبول شهادة الصدول فلا يتمل قبول شهادة غيرهم لأن الإشهاد إنما يكون للقبول عند الأداء فهو بعمومه يقتضي قبول شهادة القاذف إذا تاب لأنه يصدق عليه أنه عدل بعد التوبة.

والنص الثاني محكم لوجود التأييد فيه صريحاً فيقتضي عدم قبول شهادة المحدود بالقذف وإن تاب.

^١ أصول السرخسي ١٦٦/١ البزدوي مع الكشف ٥٠/١-٥١.

^٢ فتح القدير مع الهداية والعناية ٢٤٩/٣.

^٣ الطلاق ٢/٢.

فمن ذهب إلى عدم قبول شهادة المحدودين حد القذف كالحنفية قالوا، يرجع النص الثاني على الأول فلا تقبل شهادة من أقيم عليه حد القذف ولو كان عدلاً وقت الشهادة بأن تاب بعد إقامة الحد عليه.

ومن ذهب إلى قبول شهادتهم - وهو رأي الجمهور - لم يرد وجود التعارض بين النصين المذكورين وذلك لأن الاستثناء في قوله تعالى: ^١ «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا» يتوجه إلى كل من قوله تعالى: «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا»، وقوله تعالى «وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» لأن الاستثناء إذا ورد بعد جمل متعددة يعود إلى الكل، وإنما لم يتوجه إلى الجملة الأولى «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» لأنه حق من حقوق المذنب فلا يسقط بالتوبة.

والراجع من وجهة نظري هو القول بقبول شهادة المحدودين بالقذف وذلك لأن أعظم موانع الشهادة الكفر وقتل النفس وعقوق الوالدين والزنى فإذا تاب من وصف بهذه الكبائر قبلت شهادته اتفاقاً، فالتائب من القذف أولى بالقبول.

ولأن علة رد الشهادة بالقذف هي الفسق وقد ارتفع بالتوبة فيجب ارتفاع ما يترتب عليه وهو المنع.

ولأن القاذف فاسق بقذفه، حد أو لم يحد، فكيف تقبل شهادته في حال فسقه وتُرد بعد زواله؟

ولأنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ذنب يُتاب منه ويبقى أثره المترتب عليه كحد الشهادة.^٢

^١ أي في هاتين الآيتين «وَالَّذِينَ يَرْمِزُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». النور/٤، ٥.

^٢ إعلام الموقعين ١/١٤٩.

المبحث الثاني

التقسيم باعتبار الوضوح عند الجمهور

تنقسم الألفاظ باعتبار وضوح الدلالة عند جمهور العلماء إلى ظاهر ونص على اختلاف في التفاصيل.

فالمعروف عن الشافعي من كتبه ومن نقل العلماء عنه أنه لم يفصل الظاهر عن النص بل هما في تعيينه اسمان لمسمى واحد كما نقل عنه ذلك أبو الحسين البصري^١ والكنيا الهراسي والغزالي^٢.

ويبدو أن الشافعي لم يفرّق بينهما لأنه لاحظ المعنى اللغوي، ويدل على ذلك قول إمام الحرمين: (أما الشافعي فإنه يسمي الظواهر نصوصاً في مجاري كلامه وكذلك القاضي وهو صحيح في وضع اللغة فإن النص معناه الظهور).

أما علماء الشافعية وغيرهم من المتكلمين فلم يسلكوا مسلك الشافعي في عدم وضع حدود بين الظاهر والنص بل أخذوا يفسرون كلاً منهما بما يخالف الآخر، وإن لم يتفقوا على معيار واحد في التمييز بينهما، غير أن كلمة أكثرهم اتفقت على أن النص هو الذي تكون دلالة قطعية، والظاهر هو ما تكون دلالة ظنية.

ويبدو للباحث أن هذا الإطلاق للنص كان وجهة نظر أكثر المتكلمين من علماء الأصول في القرن السادس.

فقد عرفه ابن قدامة المقدسي^٣ من علماء الحنابلة، بأنه ما يفيد بنفسه من غير احتمال. وعرفه ابن الحاجب المالكي بأنه ما دل دلالة قطعية فيكون الظاهر ما دل دلالة ظنية كما فسرهُ القاضي عضد^٤.

وقال الزبيدية: النص إما جلي أو خفي، فالجلي هو اللفظ الدال على معنى لا يشمل غيره بضرورة الوضوح اسماً أو حرفاً، والخفي هو اللفظ الدال على معنى لا يشمل غيره بضرورة

^١ انظر المعتمد ٣١٩/١.

^٢ المستصفى للغزالي ٣٨٤/١ فما بعدها.

^٣ (ت - ٦٢٠ هـ) انظر روضة الناظر مع بدران ٢٧/٢.

^٤ مختصر المنتهى مع العضد ١٦٨/٢.

النظر لا بضرورة الوضع^١. وقال الحلبي من الشيعة الإمامية: اللفظ المفيد إن لم يتحمل غير ما فهم منه فهو النص وإن احتمل فإن تساوى فالمجمل، وإلا فالراجع ظاهر والمرجوح مؤول^٢.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن النص عند الجمهور - باستثناء بعض الاطلاقات - قسيم الظاهر وعبرة عما لا يحتمل التأويل.

مقارنة بين منهج الحنفية ومنهج الجمهور:

بالمقارنة بين المنهجين يتضح لنا ما يلي:

١- الظاهر عند الجمهور قسم من النص عند الحنفية لأن الاحتمال قائم في كل منهما في نظرهم.^٣

٢- النص عند الجمهور - أكثرهم - يلتقي مع المفسر عند الحنفية غير أن اصطلاح المفسر بالمعنى الذي أراده الحنفية لم يشتهر لدى الجمهور لكن استعمله الشافعي في مقابل ما اعتبره مجملًا^٤. وأطلقه الرازي على نوعين من الألفاظ أحدهما هو اللفظ الوارد تفسيره للحاجة إليه.^٥

٣- والمحكم عند الجمهور يشمل النص والظاهر وعرفه القاضي عضد بأنه ما اتضح معناه سواء كان نصاً أو ظاهراً^٦. وقال السبكي في الإبهاج: المحكم جنس لنوعيه النص والظاهر.^٧

^١ الفصول اللؤلؤية لابراهيم عبد الهادي مخطوطة دار الكتب المصرية.

^٢ مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص ٦٤-٦٥.

^٣ التقرير والتحجير مع التحرير ١٥١/١.

^٤ المرجع السابق ١٢٥/١ الأم للشافعي ١٨٠/٧.

^٥ الحصول للرازي مخطوطة دار الكتب المصرية.

^٦ التحرير وشرحه التيسير ١٤٣/١.

^٧ الإبهاج في شرح المنهاج لتاج الدين السبكي ١٣٦/١.

الظاهر والمؤول:

قال ابن الحاجب: الظاهر هو ما دل دلالة ظنية إما بالوضع أو بالعرف، والتأويل حمل الظاهر على المحتمل المرجوح.^١

غير أن أبا بكر الباقلاني ضيق دائرة الظاهر فعرفه بأنه (هو لفظة معقولة المعنى لها حقيقة ومجاز، فإن أجريت على حقيقتها كانت ظاهراً، وإذا عدلت إلى جهة المجاز كانت مؤزلة).^٢

ويبدو لي عدم سلامة تقسيم الظاهر إلى الظاهر والمؤول في كلام ابن الحاجب والباقلاني ومن سلك طريقهما، وذلك لأنه من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره. وإلى جانب ذلك فإن كلام الباقلاني منتقد من جهة أخرى وهي أن جهة المجاز قد تكون هي الراجعة كما في المجازات الشائعة المستفيضة.

والأقرب إلى الصواب هو أن يقال إن اللفظ المحتمل للتأويل إن حمل على معناه الراجع سمي ظاهراً، وإن حمل على معناه المرجوح سمي مؤزلاً.

موقف الظاهرية من الظاهر:

من المعروف أن عماد المذهب الظاهري هو الأخذ بظواهر النصوص من الكاتب والسنة فإن لم يكن فالإجماع. فالتصوص كلها في حكم النص المفسر الذي لا يحتاج إلى تأويل أو تعليل. والتأويل عند ابن حزم هو نقل اللفظ عما اقتضاه ظاهره وعما وضع له لغة إلى معنى آخر، فإن كان نقله قد صح ببرهان وكان ناقله واجب الطاعة فهو حق، وإن كان بخلاف ذلك ترك ولم يلتفت إليه وحكم عليه بالبطلان.^٣

^١ راجع مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٦٨/٢.

^٢ البحر المحيط للزركشي كما اقتبس الشوكاني، إرشاد الفحول ص ١٧٥.

^٣ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٢٩١/٣.

شروط التأويل:

التأويل هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله اللفظ لدليل. وهو يدخل على الخاص ويصرف معنى اللفظ عما وضع له حقيقة إلى المجاز^١، ويدخل على العام ويصرفه عن عمومته إلى التخصيص لدليل دل عليه، ويدخل على المشترك فيبين مراد الشارع لأحد معنييه أو معانيه بالقرائن والأمارات الدالة على ذلك.

واتفق العلماء من الأصوليين والفقهاء على أن الأصل في أدلة الفروع هو وجوب العمل بالظاهر أو النص من معاني الألفاظ لأن الأصل عدم التأويل ولا يعدل عنه إلا بدليل يدل على صحته، وأن الأحكام التي تثبت بطريق التأويل دلالتها ظنية وعمل الاجتهاد. ولأهمية التأويل وأثره الملحوظ على استنباط الأحكام وبالتالي في اختلاف الفقهاء وضع العلماء شروطاً لصحته أهمها مايلي^٢:

١. يشترط أن يقبل اللفظ التأويل فإن كان مفسراً أو محكماً^٣ لا يقبل التأويل.
٢. وأن يكون موافقاً لوضع اللفظ أو عرف الاستعمال أو اصطلاح الشرع وألا يكون فاسداً.
٣. وأن يقوم دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع على إرادة الشارع للمعنى المؤول الذي يترك من أجله اللفظ الظاهر أو النص. وقد اختلفوا في الدليل الذي يكون قياساً أيكن به التأويل أم لا؟ فمنعه بعضهم مطلقاً وأجازه بعضهم مطلقاً. وقال به البعض إن كان جلياً.
٤. وأن يكون الناظر المتأول أهلاً لذلك بأن يكون من أصحاب الملكات الفقهية التي يكون لصاحبها فهم النصوص واستنباط الأحكام.

^١ مستصفي الغزالي ص ٢٨٢.

^٢ راجع الموافقات للشاطبي ١٠٥/٤ فما بعدها. المدخل الى مذهب الامام أحمد لعبد القادر بدران ص

١٨٣ فما بعدها، المدخل للغة الاسلامي محمد سلام مذكور ص ٢٨٦ فما بعدها.

^٣ أي عند الحنفية وإلا فالحكم عند الجمهور يقبل التأويل لأنه جنس للنص الظاهر.

أنواع التأويل^١:

والتأويل المقبول ينقسم إلى نوعين، أحدهما هو التأويل القريب، وهو الذي يتبادر إلى الذهن، وهذا يكفي في إثباته أدنى دليل. ثانيهما هو التأويل البعيد، وهو الذي لا يتبادر إلى الذهن وإنما تدل عليه القرائن والإشارات. ولا بد أن يكون للقائل بهذا النوع من التأويل من دليل ليقوي به احتمال التأويل ويجعله مقبولاً.^٢

ولا يوجد معيار موضوعي لتمييز التأويل القريب عن البعيد وإنما المعيار شخصي، إذ رب تأويل قريب عند شخص هو بعيد عند غيره، وكان هذا هو السبب الرئيسي في اختلاف الفقهاء في استنباط الأحكام من النصوص عن طريق تأويلها وذلك تبعاً لاختلاف مداركهم. فهناك تأويل قريب عند الحنفية - مثلاً - فيعارضه الشافعية - مثلاً - بأنه بعيد والعكس بالعكس.

واليك نماذج من الاختلافات الفقهية الخلافية المبنية على الاختلاف في تأويل النصوص:

١. اختلف الفقهاء في وجوب تبَيُّت النية في الصيام من الليل^٣. وسبب الخلاف هو اختلافهم في التأويل أو الأخذ بالظاهر لقوله (ﷺ) فيما رواه ابن عمر رضي الله عنه (من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له).^٤

فذهب الشافعية ومن رافقهم إلى أنه يشترط تبَيُّت النية لصحة الصيام - فيما عدا النفل - سواء في ذلك صوم رمضان وصوم كفارة وصوم نذر مطلقاً كان أو معيناً مستدلين بظاهر الحديث المذكور.

وجه الاستدلال هو أن قوله (ﷺ) (لا صيام) نكرة واقعة في سياق النفي فتعم كل صيام، وعلى هذا فلا يخرج عن ذلك الظاهر إلا ما قام عليه الدليل. والنفي في نظرهم يتوجه إلى الصعة أو إلى ذات الصوم الشرعي. فيكون الحديث ظاهر الدلالة على وجوب تبَيُّت النية في جميع أنواع الصوم دون تمييز بين فرض أو نفل، سواء كان الفرض معيناً أم غير معين^٥ وهذا هو مذهب الإمام مالك^١ وأحمد^٢ والشيعة

^١ راجع مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٦٩/٢.

^٢ روضة الناظر ٣١/٢ فما بعدها، إرشاد الفحول للشوكاني ص، ١٧٧ مستصفي الغزالي ص ٢٨٢.

^٣ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٦٩/٢.

^٤ أخرجه النسائي راجع سنن النسائي ١٦٩/٤.

^٥ المذهب للشيرازي ١٨٠/١ فما بعدها.

الإمامية.^٢ وخرج من عموم هذا الحديث صوم النفل بما روته عائشة رضي الله عنها من أنها قالت (دخل علينا رسول الله ﷺ) ذات يوم فقال: هل عندكم من شيء؟ فقلنا: لا، فقال: فإني إذن صائم، ثم أتانا يوماً آخر فقلنا: يا رسول الله أهدي لنا حبس فقال: أرينيه فلقد أصبحت صائماً فأكل).^٤

لذلك فإنه يجوز صوم التطوع بنية في النهار شريطة أن تكون قبل زوال الشمس على الراجع عند الشافعية ومن وافقهم.^٥

وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن الصوم الواجب منه ما يتعلق بزمان معين، ومنه ما يتعلق بزمان غير معين، فالمتعلق بزمان كصوم رمضان والنذر المعين لا يشترط فيه تبييت النية من الليل بل تصح النية نهاراً شريطة أن تقع قبل نصف النهار.

أما ما لا يتعلق بزمان معين كقضاء رمضان والنذر المطلق وصوم الكفارة فقد شرطوا لصحته تبييت النية من الليل لأنه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء.^٦ وأوكلوا تبييت النية في حديث ابن عمر، فأخرجوا أولاً صوم النفل بحديث عائشة - كما هو رأي الجمهور - وأخرجوا أيضاً صوم رمضان وصوم النذر المعين. مستنديين إلى ما رواه البخاري ومسلم في صحيحهما من سلمة بن الأكوع (رضي الله عنه): أن النبي (ﷺ) بعث رجلاً في الناس يوم عاشوراء أن من أكل فليتم أو فليصم ومن لم يأكل فلا يأكل^٧، قائلين إن هذا الحديث يدل على أن من تعين عليه صوم يوم لم ينو ليلاً أنه يحزته أن ينوي صيامه نهاراً، وهذا بناء على أن صوم عاشوراء كان واجباً، وأنه لا فرق بين هذا المعين والنفل، ودأوا في ذلك جمعاً بين الأدلة، ونوقش رأي الحنفية، بأن حمل حديث التبييت على الصيام الواجب غير المعين بعيد لوجوه منها:

^١ بلغة السالك في الفقه المالكي ٢٢٨/١.

^٢ نيل المارب في الفقه الحنبلي ٩٧/١.

^٣ الخلاف للطوسي ٣٧٦/١ فما بعدها.

^٤ رواه أحمد وأحمد ومسلم وأصحاب السنن واللفظ لمسلم.

^٥ راجع فتح الباري ١٠٠/٤.

^٦ الهداية مع فتح القدير والعناية ٤٥/٢ فما بعدها، التحرير مع التقرير والتحبير ١٥٤/١.

^٧ فتح الباري ١٠٠/٤، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/٨.

أ- الحديث ظاهر في كل صوم لأنه أتى بصيغة العموم وتخصيص هذا العام بإخراج أكثر أفرادِهِ وإبقاء الأقل النادر منها يعتبر جنوحاً إلى ترجيح الاحتمال البعيد على الظاهر القوي. وإذا كان الشارع لم يقصد بنفي الصوم إلا الواجب غير المعين فخطابه هذا يكون من قبيل اللفز^١ طالما لا توجد قرينة تصرفه عن ظاهر عمومه.

ب- الحديث الذي استندوا إليه في تأويلهم هذا ورد في صوم عاشوراء وقد نسخت فرضية وأصبح في سلك النفل. عن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت قریش تصوم عاشوراء في الجاهلية وكان رسول الله (ﷺ) يصوم، فلما هاجر إلى المدينة صامه وأمر بصيامه، فلما فرض شهر رمضان قال: من شاء صامه ومن شاء تركه.^٢

ج- ثم إن وجوب صيام عاشوراء ليس أمراً متفقاً عليه بل هناك من يقول بأنه كان مستحباً فكان صحيحاً بنية النهار وهذا هو أشهر الوجهين عند فقهاء الشافعية كما قال النووي.^٣

٢. اختلف الفقهاء في صحة زواج المرأة إذا نكحت نفسها بغير إذن وليها - وقد سبق الكلام في هذه المسألة - فذهب الإمام مالك والشافعي ومن وافقهما إلى أنه لا نكاح إلا بولي وأن الولاية شرط لصحة الزواج لظاهر قول الرسول (ﷺ) (أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل - ثلاث مرات).^٤

وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى صحة تزويج المرأة نفسها دون إذن وليها، وأولوا الحديث بأنه خاص بالصغيرة والمكاتب والمجنونة والمعتوه ومن جرى مجراهن، وأكوه أيضاً بتأويل آخر وهو أن المراد من بطلان نكاحها هو أنه يؤدي إلى البطلان غالباً لاعتراض الولي بما يوجب كعدم كفاءة أو نقص فاحش عن مهر المثل.

^١ راجع مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد وحاشية السعد ١٧١/٢.

^٢ صحيح مسلم بشرح النووي ٤/٨.

^٣ صحيح مسلم بشرح النووي ٨/٨.

^٤ عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها. أخرجه الأربعة إلا النسائي. سبل السلام ١١٧/٣-١١٨.

وعملوا تأويلهم هذا بأن المرأة مالكة لبضعها، فكان حكم تصرفها فيه كحكم بيع سلعة لها، إذ رضاها هو المعتبر.

ونوقش هذا الرأي بأنه إبطال لظهور قصد النبي (ﷺ) التعميم في كل امرأة مع إمكان قصده العموم لمنع استقلالها بما لا يليق بمحاسن العادات استقلالها به.^١

٣. اختلف الفقهاء في جواز العدول من العين إلى القيمة في زكاة المراهقي، فذهب الحنفية إلى أنه يجوز أن يتصرف المزكي بقيمة شاته عن زكاة أربعين شاتاً، وذهب الجمهور إلى خلاف ذلك فقالوا بوجوب التصرف بالشاة نفسها.

وسبب خلافهم هو الاختلاف في قوله (ﷺ) (في كل أربعين شاة شاة).^٢

فقال الحنفية ومن وافقهم، إن المراد منه مالية الشاة، لأن الغرض من تشريع الزكاة سد حاجة المحتاج، والحاجة إلى مالية الشاة كالحاجة إلى الشاة نفسها.^٣

وقال الشافعية ومن وافقهم، إن ما ذهب إليه الحنفية من تأويل الحديث والعدول عن ظاهرة تأويل بعيد، لأنه يستلزم ألا تقبب الشاة نفسها،^٤ لأن المفروض أن الواجب ماليتها فلا تقبب هي حينئذ مع أنها مجزئة اتفاقاً. وأيضاً يرجع المعنى وهو دفع الحاجة المستنبط من المحكم على الحكم - وهو وجوب الشاة - بالإبطال - وكل معنى استنبط من حكم فأبطله باطل، لأنه يوجب إبطال أصله المستلزم لبطلانه، فيلزم من صحته اجتماع صحته وبطلانه وهو محال فتنفي صحته فيكون باطلاً.^٥

وأجاب الحنفية عن ذلك: بأن الأمر بالدفع إلى الفقراء إيصال رزقهم الذي وعدهم الله به، والرزق متعدد من طعام وشراب وكسوة، فحمل الزكاة هي الشاة أو قيمتها فلم تبطل هي بل بطل تعيينها.

ولأنه روى عن معاذ بن جبل أنه قال لأهل اليمن: انتوني بغميس أو لبيس،^٦ مكان الشعير والذرة أهون عليكم وخير لأصحاب النبي في المدينة. ويدل هذا على أن ذكر الشاة كان لتقدير المالية ولكونه أخف على أرباب المواشي لا لتعيين الشاة.^٧

^١ راجع التحرير مع التقرير والتحجير ١٥٣/١ - ١٥٤ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٧٠/٢.

^٢ رواه البخاري، راجع سبل السلام ١٢٢/٢.

^٣ ويلاحظ أن الخلاف لا يختص بالشاة بل يجري فيها وفي غيرها كالأبل والبقر.

^٤ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٧٠/٢.

^٥ راجع التحرير مع التقرير والتحجير ١٥٣/١.

^٦ الغميس ثوب طويل طوله خمس أذرع. اللبيس ما يلبس من الثياب.

ويبدو لي أن العدول عن القيمة جائز شريطة أن لا تترك الحرية للمزكي بل للمصرف الذي تصرف له الزكاة، فإذا كانت القيمة من صالح المستحق وكان سد حاجته بها أيسر أو أكثر نفعاً أو كان راضياً بالقيمة رضائه بالعين فلا مانع من العدول إلى البديل طالما أن الحكمة من تشريع الزكاة سد الحاجة.

٢. اختلف الفقهاء في جواز صرف كفارة الظهار لشخص واحد في ستين يوماً، فذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أنه يجوز للمظاهر أن يطعم شخصاً واحداً ستين يوماً كما يجوز أن يطعم ستين مسكيناً يوماً واحداً، وأولوا قوله تعالى: (فإطعام ستين مسكيناً) بأن المراد به إطعام طعام ستين مسكيناً لأن المقصود من التكفير دفع حاجة المسكين، وحاجة واحد في ستين يوماً هي حاجة ستين مسكيناً، فإذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً بدل إطعامه ستين مسكيناً أجزأه.^١

وذهب الجمهور إلى خلاف ذلك أخذاً بظاهر النص، وعارضوا تأويل الحنفية بأنه تأويل بعيد لما فيه من إعتبار ما لم يذكر وهو المضاف إليه، وإلغاء ما ذكر وهو عدد المساكين. وأخذ كمال بن الهمام من الحنفية برأي الجمهور نظراً لضعف التأويل.^٢ والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور وذلك لبعد تأويل الحنفية لأن العدد يدل على مفهومه دون زيادة أو نقص ما لم يكن هنالك دليل يصرف المعنى عن ذلك المفهوم بالزيادة أو بالنقص، فلفظ ستين مسكيناً يدل على ستين منهم دون زيادة أو نقص، إذ لم يرد دليل يصرف هذه الدلالة عنه.

^١ التحرير المرجع السابق ١٥٧/١.

^٢ التحرير مع التقرير والتحجير ١٥٣/١ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٦٩/٢.

^٣ التحرير مع التقرير والتحجير ١٥٣/١ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٧٠/٢.

المبحث الثالث

التقسيم باعتبار الخفاء عند الحنفية

تنقسم الألفاظ باعتبار خفاء دلالتها عند الحنفية إلى أربعة أقسام، وهي الخفي، والمشكل والمجمل والمتشابه.

وهذه الأسماء الأربعة تعتبر أضعافاً لما مر من الظاهر والنص والمفسر والمحكم في المبحث السابق، ويكون ترتيبها تصاعدياً في الإبهام والخفاء، كما أن الأقسام السابقة كان ترتيبها تصاعدياً في وضوح الدلالة إذ الخفي أقل إبهاماً من المشكل، والمشكل أقل خفاءً من المجمل، والمجمل أقل خفاءً من المتشابه.

وفيما يلي تفصيل كل قسم من هذه الأقسام:

أولاً: الخفي

هو ما اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب^١. أي أن الخفي لفظ ظاهر في دلالته على معناه ولكن عرض له من خارج صيغته ما جعل في انطباقه على بعض أفرادهِ نوعاً من الغموض والخفاء لا يزول إلا بالطلب والاجتهاد، فيعتبر اللفظ خفياً بالنسبة إلى هذا البعض من الأفراد.

وينشأ الإبهام في الخفي من أن يكون للفرد المراد إعطاؤه الحكم اسم خاص به أو ينقصه صفة أو يزيد بصفة عن سائر الأفراد، فهذه التسمية الخاصة أو الزيادة أو النقص^٢ تحيط هذا الاسم بالاشتباه، فيصبح في الدلالة على معناه خفياً بالنسبة لهذا الفرد المطلوب معرفة حكمه لا يدرك من اللفظ ذاته أو مما يتناوله، بل لابد للوصول إلى ذلك الإدراك من أمر خارجي، ويزال عنه الإبهام بموازنة واجتهاد المجتهد، وعماد ذلك الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالمسألة المرادة بالحكم، ومراعاة التعليل ومقاصد الشريعة.

وحكم الخفي هو وجوب النظر والتأمل ليعلم منشأ الغموض فإن كان ناشئاً عن زيادة،

^١ راجع أصول السرخسي ١/١٧٦.

^٢ كالطارار والنباش.

عمل المجتهد بما يؤدي إليه اجتهاده في إلحاق هذا الفرد بما يظهر المعنى فيه حتى ينطبق الحكم عليه.

وإن كان عن نقص أو انضمام بعض أوصاف تبعده عن المعنى المبني عليه حكم الظاهر، حكم بعدم إلحاقه، وبأن حكمه لا ينطبق عليه.

وهناك نموذجاً من الخلافات الفقهية المبنيّة على الخلاف في هذا الأصل:

قلنا الحفي خفاؤه لعارض وليس لذات اللفظ، فعليه يمكن اجتماعه مع الظاهر في لفظ واحد بالنسبة إلى مفهومه في بعض المجالات، ومن الألفاظ التي يجتمعان فيها هو السارق، فإنه ظاهر في مفهومه الشرعي بأنه العاقل البالغ الأخذ حد النصاب خفية في حرز مثل مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المنقول بلا شبهة.^١

وحفي في النباش، أي اخذ كفن الميت من القبر خفية، وفي الطرار الذي هو الأخذ للمال من اليقظان في غفلة منه بطرّ أو غيره، وإنما كان خفياً فيهما لاختصاص كل منهما باسم غير السارق.^٢ وثبوت حكم السارق للطرار يكون عن طريق مفهوم الموافقة (أي عند غير الحنفية) أو عن طريق الدلالة عند الحنفية وذلك لثبوت المعنى المبني عليه حكم المنطوق للطرار من باب أولى لأنه سارق كامل يأخذ مع حضور المالك ويقظته، فله مزية على السارق الذي يسرق من انقطع حفظه بعارض نومه أو غيابه أو غفلته.^٣

ولا يثبت الحكم قياساً فلا يرد على الحنفية أن الحدود لا تثبت بالقياس عندهم. وثبوت حكم السارق في الطرار محل اتفاق الفقهاء حيث لا خلاف في أنه سارق مع زيادة كما ذكرنا، وهي أنه يرتكب جريمة السرقة والأعين يقظة، يساعده في ذلك حذقه ومهارته وخفته في الاستلاب وقرنه في ممارسة جانيته، فكل ذلك يدل على مبالغته في جرمته مما يجعله أكثر خطراً على المجتمع من السارق العادي، لذا يطبق عليه النص الوارد بحكم السارق بالاتفاق.^٤ وإلا أن من سمى مفهوم الموافقة القياس الجلي - كالشافعي - ذهب إلى ثبوته بالقياس، وقد سبق أن بينا أن هذا مجرد اصطلاح من الشافعي، فلا يترتب عليه أي خلاف.

^١ التحرير مع التقرير والتحجير ١٥٨/١.

^٢ المرجع السابق مشكاة الأنوار في أصول المنار ١١٥/١.

^٣ انظر المرجعين السابقين.

^٤ راجع تقويم الأدلة لللبوسي ص ٢٠٤ مخطوطة دار الكتب المصرية.

ولكن الفقهاء اختلفوا في حكم النباش على قولين، فمنهم من ذهب إلى تطبيق حد القطع عليه، ومنهم من جرح إلى خلاف ذلك فلم ير له عقوبة سوى التهزير على التفصيل الآتي:

١- ذهب أبو حنيفة رحمه الله وعبد بن الحسن الشيباني ومن وافقهما إلى أن اختصاص النباش بهذا الاسم إنما كان لنقص معنى السرقة فيه^١، لأن المال الذي يأخذه هو الكفن وهو غير مرغوب فيه بل هو مما تنفر منه النفوس ولا تميل إليه. والمأخوذ ليس مملوكاً لأحد، فإذا كان عدم ملكيته من الميث ظاهراً فإن الورثة لا يملكون إلا ما زاد عن حاجة هذا الميث ضمن الحدود التي رسمها الشارع، وإلى جانب ذلك فإن النباش لا يأخذ المال من حرز المثل، لأن القبر لم يعد مكاناً لحفظ الأموال وإنما أعد لدفن الموتى.

ولكل ما تقدم لا تتوفر في النباش شروط السارق ولا يتناوله لفظ السارق في آية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ فلا تكون عقوبته سوى التهزير بما يردعه عن هذا العمل المشين.

وما ذهب إليه هذان الإمامان هو قول ابن عباس ؓ والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري^٢.

٢- وذهب الجمهور من الفقهاء وبضمنهم بعض الفقهاء الحنفية كأبي يوسف إلى أن لفظ السارق في الآية الكريمة ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ يشمل النباش ويطبق عليه حد السارق^٣، لدلالته على وسائل السرقة ومنها النباش^٤ ونفور النفوس من الكفن لا يخرجه عن دائرة المال المتقوم بل هو في حكم ملك الميث يطالب به أولياؤه إذا اعتدى عليه أحد كولي الصبي الذي يرعى مال الصبي ويطالب به.

والى جانب ذلك فإن عدم حرزية القبر ليس أمراً مسلماً، لأن حرز كل شيء بحسب حاله الممكنة فيه، حيث إنه لا يمكن ترك الميث عارياً فإن الأمر يقتضي اعتبار القبر

^١ أي بخلاف الطرار فإن الإختصاص فيه كان لزيادة معنى السرقة فيه ولذا لم يقع في حكمه الاختلاف.

^٢ راجع فتح القدير مع الهداية والعناية ٣٧٤/٥ المحلى لابن حزم ٣٥٠/١١ فما بعدها.

^٣ فتح القدير مع الهداية والعناية ٣٧٥/٥.

^٤ راجع أصول السرخسي ١٦٧/١.

حرزاً، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتاً، أَحْيَاءَ وَأَمْوَاتاً﴾ أي ليسكن فيها حياً ويدفن فيها ميتاً.

الترجيح:

الراجح هو ماذهب إليه الجمهور في هذه المسألة من تطبيق الحد على النباش كما يطبق على السارق وذلك للوجوه الآتية:

١. معنى السرقة متوفر في النباش لغة وشرعاً كما ذكرنا.
٢. سمى النبي (ﷺ) القبر بيتاً، فقد روى أبو داود عن أبي ذر رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله (ﷺ) يا أبا ذر، قلتُ لبيك يا رسول الله وسعديك، قال: كَيْفَ أَنْتَ إِذَا أَصَابَ النَّاسَ مَوْتٌ يَكُونُ الْبَيْتُ فِيهِ بِالْوَصِيفِ.^٢
٣. مصلحة المجتمع تقتضي ما رآه الجمهور لأن النباش يأتي بالحقير من العمل فيقدم على سرقة الكفن وينتهك حرمة الميت فيلزم تغليظ العقاب عليه ردعاً للآخرين الذين تسول لهم نفوسهم الاستهانة بالكرامة الإنسانية.

ثانياً: المشكل:

- المشكل لغة مأخوذ من أشكل الأمر إذا دخل في إشكاله وأمثاله بحيث لا يعرف إلا بدليل يتميز به.
- واصطلاحاً هو اسم لما اشتبه المراد منه لدلالته على عدة معان متشاكلة على وجه لا يعرف المراد منه إلا بدليل يتميز به.^٢
- أي: إن المشكل اسم خفي المراد منه باللفظ نفسه لدخوله في إشكاله بحيث لا يدرك فهم المراد منه إلا بقرينة تميزه عن غيره وذلك عن طريق البحث والتأمل بعد الطلب.

^١ المرسلات/ ٢٥، ٢٦.

^٢ معلم السنن للخطابي ٣/٣١٣ الوصيف العبد والأمة قال الخطابي إن الفضاء من الأرض يضيق عن القبور ويشغل الناس بأنفسهم عن الحفر لموتاهم حتى تبلغ قيمة القبر قيمة العبد. راجع المرجع السابق ٣/٣١٢ فما بعدها.

^٣ راجع أصول السرخسي ١/١٦٨ مشكاة الأنوار في أصول المنار ١/١١٥.

أقسام المشكل:

ينقسم المشكل باعتبار منشأ أشكاله إلى ثلاثة أقسام:

١. المشكل بسبب غموض في المعنى وذلك عندما يحتمل اللفظ في أصل وضعه عدة معان ويكون المراد منها واحداً. أو عندما يستعمل المعنى المجازي للفظ من الألفاظ حتى يشتهر به فيحدث الغموض بسبب تردد اللفظ بين هذا المعنى المجازي وبين معناه الحقيقي.

٢. المشكل الناشئ من معارضة بعض النصوص ظاهراً عند تقابلها واجتماعها: كتعارض قوله تعالى: ﴿قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ اللَّهِ﴾^١ مع قوله تعالى: ﴿مَا أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ اللَّهِ وَمَا أَصَابَكَ مِنْ سَيِّئَةٍ فَمِنْ نَفْسِكَ﴾^٢ فكل من النصين ظاهر في دلالة على معناه، والإشكال يحدث عند إرادة التوفيق والجمع، لأن الظاهر من النص الأول أن الحسنه والسيئة من عند الله، ومن النص اللاحق أن الحسنه من عند الله والسيئة من عند الإنسان.

غير أن النظر الدقيق يظهر للمدقق المدرك أن ما يصيب الإنسان من حسنة أو سيئة هو من عند الله باعتبار الخلق والتقدير، ويدرك أن السيئة هي من عند أصحابها باعتبار عدم تجنب ما يسببها والالتيان بما يمنعها.

وقد ينشأ المشكل عن غموض المعنى المراد من اللفظ كالإشكال في أمر الفم وداخل الأنف أحما يعتبران من ظاهر البدن فيجب غسلهما بموجب آية ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾^٣ أم هما من باطنه فلا يجب الغسل؟^٤ ومن المسائل الخلافية المتفرعة عن الخلاف في المراد من المشكل ما يلي: قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ الآية^٥.

واختلف الفقهاء في تحديد من بيده عقدة النكاح: قال علي بن أبي طالب (عليه السلام) ومن وافقه الصحابة، وسعيد بن المسيب ومن وافقه من التابعين وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في ظاهر المذهب: إن المراد به هو الزوج لأن المرأة إذا فرض لها مهر ثم طلقت قبل

^١ النساء/٧٨.

^٢ النساء/٧٩.

^٣ انظر حاشية الازميري على شرح مراة الوصول ١/٤٠٨.

^٤ البقرة/٢٣٧.

الدخول وجب لها نصف المهر المفروض إلا أن تعفو عن حقها وتترك ذلك النصف للزوج فلا تأخذ شيئاً أو يعفو الزوج عن حقه - وهو الشطر الثاني من المهر - فيكون المهر كله للمرأة^١، لأن حق العفو إنما هو لمن يملك والولي لا يملك، ولأن الولي إذا أبرأ الزوج من المهر قبل الطلاق لم يميز فذلك بعده.

وذهب ابن عباس ومن وافقه من الصحابة وطاوس وعطاء والشعبي ومن وافقهم من التابعين والإمام مالك ومن وافقه من فقهاء المذاهب إلى أن المراد هو الولي لأن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لأن الزوج بعد الطلاق لا يكون بيده عقدة النكاح، ولأنه لو أراد القرآن الأزواج لقال إلا أن تعفو أو تعفون فلما عدل عن مخاطبة الحاضر المبسو به في أول الكلام إلى لفظ الغائب دل ذلك على أن المراد به غيرهم.

ويبدو لي أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج لأنه لا يتصور العفو إلا ممن له حق يتنازل عنه لغيره، ولأن الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في آية ﴿وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ إنما يكون لمن يملك التفضل، ولأن العقدة هي للذي بيده قطع النكاح وفسخه وإمساكه.

ثالثاً: المَجْمَلُ:

لغة هو المجهول، واصطلاحاً هو اللفظ الذي خفي من ذاته خفاء جعل المراد منه لا يدرك إلا ببيان من المَجْمَلِ سواء كان خفاؤه ناشئاً من انتقال اللفظ من المعنى اللغوي إلى المعنى الشرعي أم من تزامن معانيه المتساوية أو من غرابة اللفظ نفسه.^٢

أنواعه:

المَجْمَلُ باعتبار منشأ إجماله ثلاثة أنواع:

الأول: ما كان سبب إجماله نقل اللفظ من معناه اللغوي إلى معنى خاص غير معلوم (أي قبل البيان) أراده الشارع من جديد، ويعتبر هذا أكثر أنواع المَجْمَلِ في النصوص الشرعية، وذلك كالصلاة والزكاة والحج والصيام والبيع والنكاح وغيرها

^١ راجع أحكام القرآن للشافعي ٢٠٠/١، الام للشافعي ٦٦/٥. أحكام القرآن لابن العربي ٢١٩/١.

المعنى لابن قدامة ٧٢٩/٦. بداية المجتهد ٢٣/٢.

^٢ أصول السرخسي ١٦٨/١ تقويم الأدلة ص ٣٠٦ البزودي مع الكشف ٥٤/١.

من الألفاظ التي لها في اللغة العربية مدلول معين، وجاء الإسلام فأعطاهها مدلولاً جديداً خاصاً، وتكلفت السنة النبوية القولية منها أو الفعلية ببيان هذا المدلول، وذلك بتحويل من الله عز وجل، فالقرآن الكريم أمر بإقامة الصلاة في آيات مجملة، ولم يكن المسلمون على علم بعدد ركعاتها ومواقيتها وشروطها وسننها، فقام (ﷺ) ببيان هذه الأمور فعلاً وقولاً، ثم قال (صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي).

والزكاة لغة هي النماء، وجاء الإسلام فأعطاهها معنى جديداً خاصاً بقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾^١ مع بقاء صلتها بالمعنى اللغوي، حيث إن الزكاة سبب النماء بسبب تكوين الصلة والمحبة بين الأغنياء والفقراء فتبقى أموال الغنى محفوفة عن تهديد واعتداء المحروم. والآية مجملة لم تبيّن ما تهب فيه الزكاة ولا مقدارها ولا شروطها فبيّن (ﷺ) كل ذلك. وكذلك الأمر بالنسبة لبقية المصطلحات الشرعية.

الثاني: الإجمال بسبب تعدد المعاني المتساوية وتزاحمها على اللفظ مع عدم الاقتران بقرينة تحدد المراد منها كالعين الموضوعة للباصرة، والعين الجارية وغيرهما، وكالقرء المشترك بين الطهر والحيض.

الثالث: الإجمال بسبب غرابة اللفظ في المعنى الذي استعمل فيه كالهلوع في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً﴾^٢ أي قليل الصبر وشديد الحرص، فبينه الله بقوله: ﴿إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً﴾^٣.

وحكم المجمل هو اعتقاد المراد منه وعدم العمل به حتى يرد بيان المراد منه وطلب بيان المجمل واستفساره ليبيّنه.^٤

وأرجئ الكلام بين سببية المجمل لاختلاف الفقهاء إلى بحث المجمل عند الجمهور ومقارنة المجمل عندهم مع المجمل عند الحنفية حتى لا يؤدي الأمر إلى التكرار.

^١ التوبة ١٠٣.

^٢ المعارج ١٩.

^٣ المعارج ٢٠، ٢١.

^٤ راجع أصول السرخسي ١٦٨/١.

رابعاً: المتشابه:

لغة من اشتبهت الأمور وتشابهت، أي التبست لتشابه بعضها بعضاً. واشتبه عليه الأمر، أي التبس عليه.^١

وهو قد مر عند الحنفية مرحلتين، كان ينظر إليه في أولاهما من خلال المعنى اللغوي، أي الالتباس والتماثل والتشابه، وفي ضوء ذلك عرفه أبو الحسن الكرخي بأنه ما يحتمل وجهين فأكثر، ويرجع أحد المعنيين أو المعاني بقرينة. ويظهر هذا الاتجاه عند تلميذه الجصاص^٢ أي هو لفظ متردد بين معنيين فصاعداً، يرجع واحد منهما بقرينة، فالتشابه بهذا المعنى له مجال في دائرة الأحكام التكليفية. وطريقة إزالته - كما يرى الكرخي - تكون بحمله على المحكم الذي لا يحتمل إلا وجهاً واحداً ورده إليه.

أما في المرحلة الثانية فكان ينظر إليه على أنه ما بلغ الذروة في الغموض بالنسبة لأنواع اللفظ المبهم بحيث انقطع رجاء معرفته، كذلك عرفوه بتعاريف تدور كلها حول معنى واحد، هو أنه اللفظ الذي خفى المعنى المراد منه من نفسه، ولم يفسر بكتاب ولا سنة فلا ترجى معرفته لأحد، أو إلا للراسخين في العلم والمتشابه بهذا المعنى لا يتفق مع طبيعة الأحكام التكليفية، وإنما مجاله مسائل الاعتقاد وأصول الدين.^٣

وفيما يلي نموذجان من التطبيقات الفقهية الخلافية للمبنية على الاختلاف في هذا الأصل.

١- اختلف العلماء في فرضية غسل الرجلين أو مسحهما في الوضوء على أربعة أقوال، وسبب خلافهم هو الاختلاف في تأويل المتشابه الناشئ من اختلاف القراءة في لفظ (وأرجلكم) في قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾، فقراءته بالنصب لا تحتمل إلا عطفه في الغسل، وقراءته بالخفض تحتمل عطفه على الغسل، ويكون خفضه بالمجاورة، وتحتمل عطفه على المسح، فيكون حكماً على القراءة الأولى، ومتشابهاً على القراءة الثانية، وإزالة الغموض يحتمل التشابه على المحكم ويحكم ومتشابهاً على القراءة الثانية، وإزالة الغموض يحتمل التشابه على المحكم ويحكم بوجوب غسل الرجلين كالوجه واليدين.

^١ انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢/٢٠٣.

^٢ راجع أصول الفقه للجصاص موضوع التشابه مخطوطة دار الكتب المصرية لوحة (٥٥ - ٥٦).

^٣ راجع أصول السرخسي ١/١٦٩ أصول البزدوي مع الكشف ١/٥٥ التوضيح مع التلويح ١/١٢٧ فما بعدها، المرأة ١/٤١٢ فما بعدها.

وهذا ما أخذ به الجمهور.^١

وذهب الشيعة الإمامية إلى أن الواجب هو المسح، وعلى الطوسي ذلك في كتابه الخلاف بقوله: "ودليلاً قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾، فأوجب بظاهر اللفظ غسل الوجه ثم عطف اليدين عليه فأوجب ذلك غسلهما، ثم استأنف حكماً آخر فقال: امسحوا برؤوسكم فأوجب مسح الرأس ثم عطف الرجلين عليه فيجب أن يكون حكمهما حكمه في وجوب المسح بمقتضى العطف، كما أن الفرض على غسل اليدين كان بمجرد العطف،^٢ وقال إن هذا الرأي روى عن جماعة من الصحابة والتابعين كابن عباس وعكرمة وأبي العالية والشعبي.

وذهب جماعة إلى تغيير المكلف بين مسح الرجلين أو غسلهما وهو رأي أبي الحسن البصري ومحمد بن جرير الطبري وابن على الجبائي^٣ وقال النووي: وحكى أصحابنا عن محمد بن جرير أنه يغيّر بين غسلهما ومسحهما وحكاها الخطابي عن الجبائي المعتزلي.^٤

وأوجب بعض أهل الظاهر الغسل والمسح جميعاً.^٥

الترجيح:

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لعمل الرسول (ﷺ) المتواصل على الغسل ومتابعة الصحابة والتابعين له ومن جاء بعدهم، ولأن عمل الرسول (ﷺ) في هذه المسألة بلغ حد التواتر بحيث يفيد العلم بوجوب الغسل بدون المسح. وأما الجواب عن الاحتجاج بقوله تعالى (وأرجلكم) فإن قُرئت بالنصب يكون صريحاً في الغسل، وإن قُرئت بالجر تكون القراءة للمجاورة ويكون النصب هو الأصل في اللفظ، وهذا مشهور في لغة العرب.^٦

^١ راجع المجموع للنووي ٤١٤/١ فما بعدها.

^٢ راجع الخلاف للطوسي ١٦/١ فما بعدها.

^٣ المرجع السابق.

^٤ المجموع ٤١٤/١.

^٥ المرجع السابق.

^٦ هناك أشعار من هذا القبيل منها:

مرثوق في عقال الأسر مكبول

والا فهو مرفوع معطوف على أسير

لم يبق إلا أسير غير منفلت

فخفض الأشعر مجاورة لمنفلت

٢- اختلف الفقهاء في إبادة الوقاع^١ بانقطاع دم الحيض قبل غسل الحائض، أيباح عقبه أم لا بد من الغسل؟.

وسبب خلافهم التشابه الذي نشأ من قراءة (يطهرن) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾^٢

فعلى قراءة تقييف الطاء يكون المراد من اللفظ انقطاع الدم ولا يشمل غيره، وعلى قراءة تشديدها يشمل اللفظ أمرين هما انقطاع الدم والاغتسال، فعلى القراءة الأولى يكون اللفظ حكماً وعلى الثانية يكون متشابهاً وتحمل الثانية على الأولى لإزالة الغموض فيحصل معنى القراءتين على وجه واحد ويظهر منهما إبادة المباشرة بمجرد انقطاع الدم، هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه ومن وافقهم، وذهب الجمهور ومنهم مالك والشافعي، إلى الوجه الثاني وقالوا بعدم جواز المباشرة إلا بعد الغسل لأن صيغة التفعّل إنما تطبق على ما يكون من فعل المكلفين فيكون قوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾ أظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والأظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه.^٣

^١ المعاشرة الجنسية مع الزوجة: .

^٢ البقرة ٢٢٢.

^٣ أنظر أحكام القرآن للجصاص ٤١٢/١ فتح القدير ١١٨/١ بداية المجتهد ٤٥/١ فما بعدها.

المبحث الرابع

التقسيم باعتبار الخفاء عند الجمهور

قسم الجمهور الألفاظ باعتبار خفاء دلالتها إلى قسمين أحدهما هو المجهل وثانيهما هو المتشابه وفيما يلي تفصيل ما يلزم لكل منهما:

المجهل:

للعلماء تعريفات متعددة له وهي تدور كلها حول أن اللفظ المجهل لا يكون واضح الدلالة على المعنى المراد منه^١ ولعل أهمها شمولاً هو تعريف القرافي المالكي القائل " بأنه هو الدائرة بين احتمالين فصاعداً إما بسبب الوضع كالمشترك، أو من جهة العقل كالمتواطئ بالنسبة إلى جزئياته"^٢ والذي أراه هو أن يعرف بأنه ما لا يدل على المعنى المراد منه إلا بمعين سواء كان سبب ذلك وضع اللغة أو عرف الشرع أو الاستعمال.

أنواعه:

ينقسم المجهل باعتبار منشأ (أسبابه) إلى أقسام أهمها:

- أ- المجهل الناشئ عن اشتراك اللفظ عند القائلين بعدم عموم المشترك سواء كان اللفظ مفرداً كالعين للذهب والجارية والباصرة، وكلفظة المختار لاسم الفاعل ولاسم المفعول^٣ أو كان مركباً كقولته تعالى ﴿يَبْدُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ الذي اعتبره الحنفية من المشكل كما سبق فهو متردد بين الزوج والولي.
- ب- المجهل الناشئ بسبب نقل اللفظ من معناه اللغوي إلى معنى جديد في عرف الشرع، وذلك قبل أن يبينه الشارع كلفظ الصلاة والصيام والحج والزكاة.

^١ الإحكام لابن حزم ٤٢/١ شمس الأصول ١٧٣/١ مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص ٦٧. اللامني ١٦٢/٢.

^٢ شرح تنقيح الفصول ص ٢٧٤.

^٣ فاصل مختار يختار بكسر الياء في الفاعل ويفتحها في المفعول ويقلب الياء ألفاً حصل الاشتراك بينهما.

ج- المجلل الناشئ عن التردد بين أمرين، كالتردد بين إلحاق الفم والأنف بظاهر البدن وبين إلحاقهما بباطنه في وجوب الفسل.

د- المجلل الناشئ من استثناء مجهول كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾^١. فإن ما أحل من بهيمة الأنعام قد صار مجملاً كما قال أبو إسحاق الشهازي^٢.

وهو ينقسم باعتبار طبيعة مدلوله إلى الأقسام التالية:

- المجلل بين حقائقه، أي بين معان وضع اللفظ لكل منها كالقرء الموضوع بإزاء حقيقتين هما الحيض والظهر^٣ في قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَفَّضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾.

- المجلل بين أفراد حقيقة واحدة، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾^٤. فإن لفظ البقرة موضوع لحقيقة واحدة معلومة، ولها أفراد والمراد واحدة معينة منها.

- المجلل بين مجازاته، وذلك إذا انتفت الحقيقة، أي ثبت عدم إرادتها وتكافأت المجازات بأن لم يترجح بعضها على بعض^٥. ويكون ذلك إذا تعذرت الحقيقة أو هجرت ولم يبق دليل على إرادة شيء منها دون الآخر، فإن ذلك اللفظ يكون متردداً بين تلك المجازات لصلاحيته لكل منها، كما في قوله تعالى: ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾^٦ فإن اليد الحقيقة في الجارحة المخصوصة وهي هنا متعذرة لاستحالة التشبيه على الله، واحتمال أن يكون المراد به نعمته وقدرته، واليد فيهما مجاز^٧.

مقارنة بين المجلل عند الجمهور والمجلل عند الحنفية:

١. المجلل عند الجمهور يشمل (الخفي والمشكل والمجهلات) المبهمات عند الحنفية وهو يشمل أيضاً المتشابه بالمعنى الذي سلكه المتقدمون من الحنفية وبهذا يعتبر المجلل

^١ المائدة ١.

^٢ اللع ص ٢٧

^٣ الأسنوي مع البدخشي ١/١٤٣.

^٤ البقرة ٦٧.

^٥ المرجع السابق ٢/١٤٤.

^٦ المائدة ٦٤.

^٧ شمس الأصول للسالمي ١/١٧٥.

- عند الجمهور أعم مطلقاً من حيث المصادقات من مجمل الحنفية فكل ما يصدق عليه المجل عند الحنفية يصدق عليه عند الجمهور، ولا عكس، فالسارق بالنسبة للنباش خفي عند الحنفية ومجل عند الجمهور، ومن بينه عقدة النكاح في قوله تعالى: ﴿أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ مشكل عند الحنفية بمجل عند الجمهور.^١
٢. ويرتب على كون المجل أعم لدى الجمهور جواز تفسيره من غير المجل بالنسبة إلى بعض ما صدقاته، كالحفي أو المشكل إذ يجوز تفسيره من غير الشارع.
٣. اتفق الكل على أن المجل هو الذي لا تتضح دلالة

أثر المجل في اختلاف الفقهاء:

- يعتبر المجل في نصوص الكتاب والسنة من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الفقهية كما يتضح من الأمثلة التالية:
١. اختلفوا في قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ﴾ فذهب الحنفية إلى أنه مجمل يحتمل لزوم مسح الجميع ومسح البعض احتمالاً على السوء وقد بينه الرسول (ﷺ) ومسح بناصيته ومقدارها الربع فكان الربع واجباً.
- وقال الجمهور لا إجمال فيه، إلا أنهم اختلفوا في تحديد المقدار الواجب مسحه، فقال مالك والشافعي عبد الجبار وابن جني أنه يحكم وضع اللفة ظاهراً في مسح جميع الرأس^٢ لأن الباء للإصاق أو زائدة، وقال الشافعية أن مسح الرأس حقيقة فيما يطلق عليه اسم المسح وهو القدر المشترك بين الكل والبعض، لأن هذا التركيب تارة يأتي لمسح الكل وتارة لمسح البعض، كما يقال مسحت بيدي رأس اليتيم مع أنه لم يمسح إلا البعض منه، فإن جعل حقيقة في كل منهما - الكل والبعض - لزم الاشتراك، وإن جعل حقيقة في أحدهما لزم المجاز في الآخر، والحقيقة والمجاز خلاف الأصل فجعل حقيقة في القدر المشترك، وجنح بعض الشافعية إلى تعليل آخر فقالوا: الباء للتبويض ولذا يميز مسح البعض.^٣

^١ انظر الأحكام للامدي ١٦٧/٢.

^٢ المرجع السابق ١٦٩ / ٢.

^٣ راجع الأسنوي مع البدخشي ١٤٧/٢.

٢. اختلفوا في إجمال اليد والقطع في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾.

أما إجمال القطع، فلأنه يصدق إطلاقه على بينونة العضو من العضو، وعلى شق الجلد للظاهر من العضو بالجرح من غير إبانة للعضو.^١

وأما إجمال اليد فلأن لفظ اليد يطلق على حملتها إلى للنكب كما يطلق عليها إلى المرفق وإلى الكوع، وليس أحد هذه الاحتمالات أظهر من الآخر فكان لفظ اليد والقطع مجملًا.^٢

وذهب آخرون إلى أنه ليس في الآية إجمال لا من جهة اليد ولا من جهة القطع لأن اليد حقيقة في الكل وعجاز في البعض، وكذلك القطع حقيقة في الإبانة، والشق والجرح أيضاً إبانة لأن فيه إبانة بعض أجزاء اللحم عن بعض فيكون متواطئًا.^٣

٣. كذلك اختلفوا في إجمال النصوص المشتبهة على النفي من الأفعال الشرعية كقوله (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُيُوتِ) (ولا صيام لمن لم يبيت من الليل). فإن حقيقة ذلك إنما هو الإخبار عن نفي ذات الصوم والصلاة عند انتفاء الغائبة والتبسيط، وهذه الحقيقة غير مرادة للشارع لأننا نشاهد الذات قد تقع بدون ذلك فيعين الحمل على المجاز وهو إما إضمار الصلوة، أي لا صلاة صحيحة ولا صيام صحيحاً، أو إضمار الكمال، أي لا صلاة كاملة ولا صيام كاملاً.

والقائلون بعدم الإجمال اختلفوا، فمنهم من تمسك بعدم تكافؤ المعنيين المجازين وذهب إلى أن إضمار الصلوة أرجح لكونه أقرب توارداً إلى الذهن فيحمل اللفظ عليه، وذلك لأن المعنى الحقيقي هو نفي الذات، ونفي الذات يستلزم انتفاء جميع الصفات، ونفي الصلوة أقرب إلى هذا المعنى من نفي الكمال لأنه لا يبقى مع نفي الصلوة وصف بخلاف نفي الكمال.^٤

ومنهم من قال إن الصلوة جزء مفهوم الاسم الشرعي فلزم تقدير الوجود لأن عدم الوجود الشرعي هو عدم الصلوة الشرعية، وهذا بناء على ثبوت كون الصلوة جزءاً

^١ راجع الأحكام للأمدى ١٧٣/٢.

^٢ المرجع السابق.

^٣ الأسنوي مع البدخشي ١٤٨/٢.

^٤ المرجع السابق ١٤٤/٢.

لفهم الوجود الشرعي كما في لا صلاة إلا بظهور^١. لكن إذا لم يثبت ذلك فإن تعارف صرفه إلى الكمال لزم تقديره الكمال كما في لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد^٢ وإن لم يتعارف صرفه شراً إلى الكمال لزم تقدير الصحة لأنه أقرب إلى نفي الذات التي هي الحقيقة المتعلّوة من تقدير الكمال لأن ما لا يصح كالعدم في عدم الجدوى.

المتشابه:

وهو يقابل المحكم، فإذا كان المحكم من اللفظ وهو ما عرف المراد منه بالظهور والتأويل، يكون المتشابه بعكسه لذلك قيل في تعريفه، هو ما استأثر الله بعلمه. قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ﴾^٣. والمتشابه إذا أخذ بالتعريف السابق فإنه لا يكون له وجود في الأحكام التكليفية، لأنه سبحانه وتعالى لا يكلفنا بما لا يهتدي إلى القصد منه فهمنا. لذلك حصّره ابن حزم في الحروف المتقطعة في أوائل السور.

والعلماء قد تعددت تعاريفهم للمتشابه^٤، فمنهم من يرى أنه المجمل، ومنهم من يرى أنه هو المشترك بين المجمل والمؤول، ومنهم من يرى أنه أعم من المجمل، ومنهم من يرى أنه يشتمل الخفي والمشكل والمتشابه بالمعنى الذي ذهب إليه المتقدمون من علماء الحنفية، وهو إن نظر إليه من هذه الوجهة يكون له وجود من النصوص الشرعية التكليفية ويرتّب عليه ما ترتّب عليه هنالك من الأثر في اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية.

^١ التقرير والتعجب مع التحرير ١/١٦٦.

^٢ أخرجه الدار قطني والحاكم في مستدركه.

^٣ ال عمران ٧.

^٤ راجع الانتقان في علوم القرآن للسيوطي ٢/٢، الملص ص ٢٩، البرهان لوجه ١١٢، المخطوطة منهاج البيضاوي مع حاشية بم ٢/، ٦١ مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص ٦٦.



الفصل الرابع
تقسيم الألفاظ
باعتبار الاستعمال الى الحقيقة والمجاز والكناية^١
ونستعرض كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة في مبحث مستقل.



^١ ولعدم أهمية الصريح في اختلاف الفقهاء اكتفينا بالكناية فقط.

المبحث الأول

الحقيقة

الحقيقة: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له من اصطلاح وقع به التخاطب. والوضع هنا تعيين اللفظ للمعنى بحيث يدل عليه بغير قرينة سواء كان ذلك التعيين من جهة وضع اللفظ أو أهل العرف العام أو الخاص أو الشارع وبهذا الاعتبار تنقسم الحقيقة إلى أربعة أقسام:

١- **الحقيقة اللغوية:** وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له لغة كالإنسان والأسد.

٢- **الحقيقة العرفية العامة:** وهي اللفظ الذي وضع لمعنى لغة ثم استعمله أهل العرف العام في غير هذا المعنى، وشاع عندهم استعماله فيه كلفظ الدابة فإنه وضع لغة لكل ما يدب على الأرض من إنسان أو حيوان، ثم استعمله أهل العرف وخصّوه بذوات الخواصر كالحيل والبفل.

٣- **الحقيقة العرفية الخاصة:** وهي اللفظ الذي وضع لغة لمعنى، ثم استعمله أهل العرف الخاص في غيره، وشاع عندهم استعماله فيه حتى صار لا يفهم منه عندهم إلا هذا المعنى كالمصطلحات الأصولية والمنطقية والنحوية، فالنقص - مثلاً - لغة الحل، واستعمله الأصوليون في تخلف الحكم عن العلة في القياس.

٤- **الحقيقة الشرعية:** هي لفظ وضع لغة المعنى ثم استعمل في معنى شرعي بينه وبين المعنى اللغوي مناسبة كالصلاة والصيام.

أحكام الحقيقة:

للحقيقة أحكام أهمها ما يلي:

١. **ثبوت ما وضعت له مطلقاً، سواء كانت عاماً أو خاصاً أمراً أو نهياً، سوى أم لم ينز** كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾^١ «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ»^٢ فإن كل واحد من النصين خاص في المأمور به، والمنهي عنه وعام في

^١ الآية ٧٧/ الحج

^٢ الآية ١٥١/ الأنعام.

المأمور والمنهي.^١

٢. امتناع نفيها عما وضعت له، فلا يقال للأب الشرعي أنه ليس بأب.

٣. رجحانها على المجاز لإستغنائها عن القرينة الخارجة بعكس المجاز، ورجحانها على المشترك لأن المجاز أغلب من المشترك بالاستقراء، فيكون رجحان الحقيقة على المشترك من باب أولى، ويتقرب على ذلك حمل اللفظ على المجاز دون المشترك إذا كان اللفظ حقيقة في أحد مدلوليه ومتردداً بين أن يكون حقيقة في المدلول الآخر فيكون مشتركاً أو لا فيكون مجازاً كالنكاح بالنسبة للوطء والمقد.

وتفرع عن ذلك أن اللفظ في كلام المشرع إذا دار بين معناه الشرعي واللغوي، ترجح حمله على الشرعي عند بعض الفقهاء كالشافعية ومن معهم وعلى المعنى اللغوي عند بعض آخرين كالحنفية ومن وافقهم.^٢

ومن المسائل الخلافية المتفرعة عن هذا الخلاف ما يلي:

١. اختلفوا في ثبوت للمصاهرة بالزنى: فذهب الشافعية ومن وافقهم إلى أن الزنى لا

يوجب حرمة المصاهرة وقال الأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومن وافقهم:

يحرم بالزنى ما يحرم بالزواج الصحيح من أحكام المصاهرة^٣ أما الإمام مالك ففسي الموطأ عنه مثل قول الشافعي، وروى عنه ابن القاسم ما يتفق مع رأي أبي حنيفة، وقال سحنون أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم في ذلك ويذهبون إلى ما في الموطأ.

وسبب اختلافهم هو لفظ النكاح السارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ فمن راعى معناه اللغوي قال تثبت المصاهرة بالزنى ومن أخذ بمعناه الشرعي قال بخلاف ذلك.

٢. اختلف الفقهاء في جواز زواج المتلبس بإحرام الحج والحرة: فقال الشافعية ومن وافقهم

لا يجوز للمحرم أن يزوج أو يتزوج، وذهب الحنفية ومن معهم إلى جواز ذلك وسبب خلافهم هو اختلافهم في حمل النكاح في قول الرسول (ﷺ) (لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ)^٤ على المعنى الشرعي أو على المعنى اللغوي.

^١ كشف الأسرار مع البزدوي ٣٥٩/٢.

^٢ انظر تجميع الفروع على الأصول ص ١٣٩ فما بعدها.

^٣ فتح القدير ٢١٩/٣ فما بعدها.

^٤ رواه أبو داود معالم السنن ١٨٢/٢ ورواه النسائي بزيادة ولا يهبط/ نيل الأوطار ١٦/٥.

المبحث الثاني

المجاز وأحكامه

المجاز: إما لفظي أو عقلي، فاللفظي هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب لعلاقة مع قرينه مانعة من إرادة المعنى الموضوع له، والعقلي هو إسناد الفعل أو ما في معناه إلى غير ما هو له للملازمة مع قرينة مانعة من إرادة الإسناد إلى ما هو له كقوله تعالى ﴿وَأَخْرَجَتِ الْأَرْضُ الثَّمَالَهَا﴾ أي أخرج الله من الأرض أثمارها فنسبة الإخراج إلى الأرض مجاز عقلي.

والمجاز اللفظي ينقسم باعتبار الاصطلاح الذي به التخاطب إلى أربعة أقسام:

١. المجاز اللغوي: وهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لغة لعلاقة وقرينة مانعة من

إرادة الموضوع له كان يقال: رأيت أسداً يقود الجيش إلى المعركة.

٢. المجاز العرفي العام: وهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في هذا العرف لعلاقة

وقرينة مانعة كاستعمال الدابة للإنسان الأبله.

٣. المجاز العرفي الخاص: وهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في هذا العرف لعلاقة

وقرينة مانعة كإطلاق الكلمة على قول تام مفيد عند النحويين.^١

٤. المجاز الشرعي: وهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصطلاح الشرع لعلاقة

مع قرينة مانعة كاستعمال الصلاة للثناء والدعاء والاستغفار في قوله تعالى: ﴿إِنَّ

اللّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ﴾^٢ الآية.

^١ النكاح حقيقة شرعية في العقد وحقيقة لغوية في الوطاء.

^٢ يقول ابن مالك: واحد كلمة والقول عم وكلمة بها كلام قد يؤم.

^٣ الآية ٥٦ / الأحزاب.

واختلف العلماء في ثبوت المجاز وعدمه على ثلاثة أقوال:

الاختلاف في ثبوت المجاز:

١. ذهب الجمهور إلى وجوده في اللغة والقرآن والسنة واستدلوا بأدلة منها: أن المجاز أبلغ من الحقيقة فهو لا ينافي فصاحة وبلاغة الكلام. ومنها وقوعه في القرآن الكريم كقوله تعالى ﴿جَذَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ﴾ ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ إلى غير ذلك.^١
 ٢. وقال البعض بعدم وجوده مطلقاً ونسب هذا إلى أبي إسحاق الاسفراييني وأبي علي الفارسي، واحتجوا بأدلة منها: أن المجاز فيه التباس المقصود بغير المقصود فلا يفهم السامع من اللفظ ما أراده المتكلم منه، وهذا ينافي المقصود من اللغة من إفادة الألفاظ لما تستعمل فيه.
 ٣. وذهب جماعة إلى عدم وجوده في القرآن والسنة النبوية ومنهم الظاهرية وابن القاضي من الشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة، واستندوا إلى أدلة منها: المجاز أخو الكذب أو أن العدول إليه من ضيق الحقيقة والأول القرآن منزّه عنه (وكذا السنة) والثاني غال على الله.
- والراجع في نظري هو الرأي الأول لأن المجاز أبلغ من الحقيقة بسبب استعمال التصوير العقلي الدقيق فيه، كما قد يكون أكثر تأدياً كتعبير الجماع باللمس في قوله تعالى ﴿أَوْ لَأَمْسُكُمْ النَّسَاءُ﴾ كتعبير الحيض بالضحك في قوله تعالى ﴿فَصَحَّكَتْ فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقٍ﴾ إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة وهي في منتهى البلاغة.
- ويرد ما استدلل به الرأي الثاني بأن المجاز لا يكون إلا مع قرينة تحدد المراد منه فلا التباس، كما يرد احتجاج أصحاب الرأي الثالث بأن ما ذهبوا إليه إن هو إلا شبهة باطلة نشأت من عدم التفرقة بين المجاز والكذب وعدم الوقوف على أن المجاز قد يكون أبلغ من الحقيقة مع تيسر الحقيقة.

^١ راجع الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز لابن عبد السلام ص ٩ فما بعدها، أصول الفقه لأبي النور زهير ٦٤/٢.

أحكام المجاز:

للمجاز أحكام كثيرة منها متفق عليها ومنها يختلف فيها، فنترك ما اتفق عليه لأنه لا يبنى عليه خلاف في الأحكام الفقهية وتتناول بالكلام ما اختلف فيه، ومن أحكامه المختلف فيها ما يلي:

١. ثبوت ما استعمل له إذا كان هاماً:

قلنا من أحكام الحقيقة ثبوت ما وضع له اللفظ أمراً كان أو نهياً خاصاً أو عاماً وكان هذا متفقاً عليه بالنسبة إليها ولكنه في المجاز يختلف فيه بالنسبة إلى العموم: ذهب بعض أصحاب الشافعي ومن وافقهم إلى عدم عموم المجاز وعزى هذا الرأي إلى الشافعي نفسه من قبل غير واحد. وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى عمومهم. واحتج من قال بعدم عموم المجاز بأن الأصل في الكلام الحقيقة لأن الألفاظ وضعت للإفادة والمجاز يؤدي إلى الإخلال بالفهم وهو يجوز عند الضرورة؛ وما كان ضرورياً لا يصار عليه من غير حاجة، إذ الضرورات تقدر بقدرها.^١

وفي نظري أن هذا الاستدلال بالنسبة إلى الشافعي يتعارض مع قوله بعموم المقتضى لأن الإضمار في الاقتضاء للضرورة أيضاً وهي تقدر بقدرها.

استدل من قال بعموم المجاز، بأن المجاز أحد نوعي الكلام، فكان مثل الحقيقة في العموم والخصوص وغيرهما، ولأن عموم الحقيقة ليس باعتبار معنى الحقيقة، لأنه لو كان كذلك لزم ألا يوجد الحقيقة إلا وأن تكون عامة، والواقع بخلافه. وإنما عمومها باعتبار دليل آخر دل عليه، كالألف واللام، والنكرة في سياق النفي وغير ذلك من أدوات العموم التي يستوي فيها الحقيقة والمجاز، لأن المجاز مستعار ليكون قائماً مقام الحقيقة عاملاً عمله ولا يتحقق ذلك إلا بإثبات صفة العموم له كالحقيقة.^٢

وكان لهذا الخلاف أثره في الاختلاف في بعض الأحكام الفقهية المتفرعة عن ذلك منها، اختلافهم في ربوية بعض البيوع كبيع حفنة بمفنتين، وقفحة بتفاحتين، إذ جوزة

^١ راجع التقرير والتحبير مع التحرير ٣٥/٢، كشف الأسرار مع البزدوي ٣٦٠/٢.

^٢ انظر كشف الأسرار مع البزدوي ٢/٣٦١ المغنى في أصول الفقه لعمر الحجاز مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة، التقرير والتحبير مع التحرير ٢/٣٢ حاشية الأزهر ص ٤٤١ فما بعدها، أصول السرخسي ١٧٠/١.

من قال بعموم المجاز ومنعه من قال بعدم عمومه.

ومنشأ الخلاف هو قول النبي (ﷺ): (لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء)^١ مع قوله عليه الصلاة والسلام (لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين)^٢. فالنص الأول دل بعبارته وعمومه على حرمة بيع الم مطعم بالمطعم إلا متماثلاً قليلاً كان أو كثيراً، مساوياً كان أو غير مساو، لأن الطعام معرف باللام فيقتضى الاستفراق، إلا أن الاستثناء عارضه في الكثير لأن المراد من قوله (ﷺ) سواء بسواء، هو المساواة في الكثير إجماعاً فبقي ما وراء ذلك داخل تحت الصوم فيحرم مثلاً بيع حفنة بحفنة وحفنتين، وتفاحة بتفاحة وبتفاحتين.

وهو بإشارة يقتضي كون الطعم علة، لأن الحكم متى ترتب على اسم مشتق - وهو هنا الطعام - كان مأخذه علة لذلك الحكم^٣. نظير السرقة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا﴾^٤ الآية. والزنى في: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾^٥ الآية، فكذاك الطعام اسم لما يؤكل مشتق من الطعام وهو الأكل، وإذا ثبت كونه علة وقد انعقد الإجماع على أن العلة ليست إلا أحد أوصاف النص لا يعتبر الكيل علة فلا يجرم بيع غير المطعم كالجص والنورة والسمنت متفاضلاً لعدم وجود العلة الموجبة للتحريم وهي الطعام.

والنص الثاني (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين) يدل بعبارته وعمومه على أن الربا يجري في غير المطعم كالجص والسمنت، لأن الصاع على بلام التعريف فيستغرق جميع ما يكال به من المطعم وغيره، فيحرم بيع الجص والسمنت وغيرهما متفاضلاً. ويدل بأشارته على أن الكيل علة التحريم لأنه لما كان المراد من الصاع ما يكال به صار تقدير الكلام ولا ما يكال بصاع بما يكال بصاعين أو ولا مكيل بمكيلين فيقتضى جواز بيع حفنة بحفنتين وتفاحة

^١ ورد هذا الحديث بروايات مختلفة أخرجه ابن ماجه ١٥/٢ والبيهقي في السنن الكبرى ٣١٥/٥-٣١٦ برواية (لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا كيلاً بكيل) ورواه مسلم بلفظ: الطعام بالطعام مثلاً بثل ١/ ٦٩٤-٦٩٥.

^٢ وفي رواية مسلم: لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين صحيح مسلم ٩/٣، ١٢٠.

^٣ راجع التقرير والتحجير مع التحرير ٢٣/٢.

^٤ الآية ٣٨ المائدة.

^٥ الآية ٢/ النور.

بتفاحتين لعدم معنى الكيل على خلاف ما اقتضاه الحديث الاول وبهذا وقع التعارض بين الحديثين فاختلف العلماء في دفعه فذهب الشافعي ومن وافقه الى ان الصاع في النص الثاني مجاز وعبرة عما يمل فيه ويحاوره بطريق اطلاق اسم المحل على الحال كما في قوله تعالى: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ أي الصلاة لذا لا يمكن القول بعمومه لان العموم لا يميزي الا في الحقائق وقد اريد الم مطعم المقدر بالصاعين وعلى هذا التقدير لم يبق له دلالة على حرمة بيع ما وراء الم مطعم متفاضلا ولا على كون الكيل علة وصار الحديث الثاني موافقا للاول فلا تعارض وذهب الحنفية ومن وافقهم الى ان الحديث الاول معارض بالحديث الثاني لعموم المجاز فيدفع التعارض بحمل الطعام في الحديث الاول على الطعام المكيل فعليه يجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين وهكذا لان عدم الجواز يكون بتحقيق الفضل وهو يظهر في عدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين^١ بخلاف بيع كيل حص ونحوه بكيلين منه فانه يحرم لوجود العلة والتفاضل .

٢ - ارادته مع الحقيقة في لفظ واحد وفي حالة واحدة:

اختلف العلماء من الأصوليين والفقهاء في جواز اطلاق اللفظ الواحد على مدلوله الحقيقي ومدلوله المجازي في وقت واحد فذهب الحنفية وعامة اهل اللغة والمحققون من اصحاب الشافعي وعامة المتكلمين وجماعه من المعتزلة الى امتناعه وذهب الشافعي وعامة اصحابه واهل الحديث وابو علي الجبائي من المعتزلة وعبد الجبار بن احمد من المتكلمين الى جوازه مطلقا.

وقال الغزالي وأبو الحسين البصري يصح استعماله فيهما عقلاً لا لغة واختاره ابن الهمام^٢ إلا في غير المفرد فيصح لغة أيضاً لتضمنه المتعدد وعزز كل رأيه بأدلة لا تخلو من النقد والنقاش لذا أهملت ذكرها حذراً من التطويل.

وترتب على هذا الاختلاف بعض المسائل الفقهية الخلافية منها:

^١ الاعراف/٣١.

^٢ راجع كشف الاسرار مع البزدوي ٢/٣٦٠، شرح فتح القدير لكمال بن الهمام ٧/١٠، التقرير والتحجير مع التحرير المرجع السابق.

^٣ التحرير مع التقرير والتحجير ٢/٢٤.

أ. الاختلاف في نقض الوضوء بالملامسة بين الذكر والأنثى غير المحرمين والبالغين. قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر والشوري والأوزاعي ومن وافقهم، لا ينقض الوضوء من مس امرأة سواء كان المس بشهوة أو بغير شهوة. وهو قول علي بن أبي طالب وابن عباس وأبي موسى والحسن وعبيدة والشعبي.^١ وقال الشافعي ومن وافقه إذا مسها^٢ انتقض وضوءه سواء كان المس بشهوة أو بغير شهوة.

وسبب الخلاف هو أن الحنفية ومن معهم قالوا، المراد بالملامسة من قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾^٣ الجماع دون اللمس باليد، لأن الجماع مراد بالاتفاق وهو المعنى المجازي، فإذا كان المجاز مراداً تتنحى الحقيقة، ولا يجوز إرادتهما معاً، وعززوا رأيهم ببعض الآثار، وبأن ظاهر مادة المفاعلة خاصة فيما يكون فيه الفعل مقصوداً من الجانبين، ولا يحصل هذا في اللمس باليد بل في الجماع، ولأن اللمس ورد كناية عن الجماع في آيات أخرى كقوله تعالى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾.

وقال الشافعي ومن معهم اللمس هنا يشمل الوطء مجازاً واللمس باليد حقيقة فأريد المعنيين معاً بهذا النص في وقت واحد.^٤ ويبدو لي أن الراجح هو ماذهب إليه الإمام مالك رحمه الله، وهو أن المس بالشهوة تلذذاً يوجب النقض.

وجه الرجحان أنه رأي وسط بين الرأيين السابقين ويتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عدم حرج يحلب المشقة وعدم تسهيل يتجاوز حدود الكلفة.

ب- الاختلاف في شمول الوصية لأبناء البنين في الوصية للبنين. فإذا أوصى شخص بثلاث ماله لبني فلان وكان له أبناء وأبناء الأبناء، فمن قال بجواز إرادة المعنى الحقيقي والمجازي معاً، قال بشمول الوصية للجميع، ومن قال بعدم جواز إرادة

^١ انظر تفسير آيات الأحكام مقرر للسنة الثانية جامعة الأزهر ١٣٧٣ هـ ١٩٥٣ م ص ١١٠.

^٢ بلا حائل.

^٣ المائدة/ ٦ النساء/ ٤٣.

^٤ كحديث عائشة (رضي الله عنها) قبل صلى الله عليه وسلم نساءه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ.. أخرجه أحمد.

^٥ أسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ الحفيف ص ٢٨ المذهب للشيرازي ٢٣/١.

المعنيين، قال لا تشمل الرصية إلا بنيه فقط، لأن الحقيقة أرادت بهذا اللفظ فلا يراد به المجاز أيضاً^١.

٣. حمل اللفظ على الحقيقة المرجوحة أو على المجاز الراجع إذا دار بينهما:

اختلف في هذا أيضاً العلماء من الأصوليين والفقهاء، فعند أبي حنيفة يحمل على الحقيقة لأصالتها، وقال أبو يوسف ومن معه يحمل على المجاز لرجحانه واختاره القرافي في شرح التنقيح لأن الظاهر هو المكلف به، وذهب البعض إلى أنهما يستويان فلا ينصرف إلى أحدهما إلا بدليل لرجحان كل منهما من وجه^٢.

وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في بعض المسائل الفقهية منها الاختلاف في حنث من حلف أنه لا يشرب من دجلة مثلاً فمن قدم المجاز الراجع قال يحنث أن اغترف منه بإناء، وغوه وشربه منه وإليه ذهب أبو يوسف والحنابلة ومن وافقهم^٣. ومن قدم الحقيقة المرجوحة قال لا يحنث إلا أن يكرع وهذا قول أبي حنيفة^٤.

٤- اختلف العلماء في اختيار مجاز الزيادة أو مجاز النقصان إذا لم ينتظم الكلام إلا بأحدهما.

وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في بعض المسائل الفقهية منها: إذا قال لزوجته إن حضمتا حيضة فانتما طالقتان. وبما أن اشتراكهما في حيضة واحدة أمر غير ممكن فلا يستقيم كلامه إلا بدعوى الزيادة وهي قوله (حيضة)، وللفقهاء في هذا المسألة أربعة أقوال:

أحدهما، سلوك الزيادة فيكون تقدير الكلام إن حضمتا فانتما طالقتان. فإذا طعننا في الحيض طلقتا. وهذا قول القاضي أبي يعلى.

الثاني، سلوك النقص وهو الإضرار، فلا تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحد منهما حيضة واحدة ويكون التقدير: إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فانتما طالقتان كما في قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوهُنَّ مِائَتِينَ جَلْدَةً﴾^٥ أي اجلدوا كل

^١ أصول السرخسي ١٧٣/١ التقرير والتحجير مع التحرير ٢٥/٢ فما بعدها.

^٢ راجع الأسنوي مع البدخشي ٣٧٨/١ القواعد لابن اللحام ص ١٢٤.

^٣ القواعد لابن اللحام المرجع السابق.

^٤ الكشف مع البزدوي المرجع السابق.

^٥ النور/٤.

واحد منهم ثمانين جلدة، وهذا اختيار ابن قدامة صاحب المغنى وهو موافق للقاعدة.

الثالث، تطلقان ببيعة واحدة من إحداهما لأنه لما تعذر وجودها منها وجبت إضافتها إلى إحداهما.

الرابع:، لا تطلقان بحال، لأن الطلاق المعلق على المستحيل لا يقع. وهو رأي بعض الحنابلة أيضاً كما ذكره ابن اللحام.^١

وهناك أحكام أخرى للمجاز تختلف فيها تفرع عليها مسائل فقهية خلافية إلا أن استيعاب الكل متعسر إن لم يكن متعذراً. ثم إن غايتنا في هذا البحث إثبات أن انقسام الألفاظ إلى الحقيقة والمجاز كان سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية لهذا نكتفي بهذا القدر فعلى من يطلب المزيد أن يراجع مطولات أصول الفقه والفقه والقواعد الفقهية.

^١ راجع القواعد لابن اللحام ص ١٢٥.

المبحث الثالث

الكناية

لغة مصدر كنييت عن كذا إذا تركت التصريح به، في اصطلاح البيانين ما أطلق وأريد به لازم معناه الحقيقي مع جواز إرادته معه أيضاً^١ كان يقال في دار خالد يصرف الوقود بكثرة كناية عن كرمه، ويقابلها الحقيقة والمجاز قسيماً لهما.

وفي اصطلاح الأصوليين ما استتر المراد منه في نفسه سواء كان المراد فيه معنى حقيقاً أو معنى مجازياً ويقابلها الصريح وهو ما انكشف المراد منه في نفسه لذا اعتبر بعض الأصوليين المفسر والمحكم من الصريح والخفي والمجمل من الكناية.^٢

وعند الفقهاء الكناية تقابل الصريح دون الحقيقة والمجاز إذ قد تجتمع معهما قال عبد العزيز البخاري "إن كان اللفظ مستعملاً في موضوعه فهو الحقيقة أولاً وهو المجاز وكل منهما إن كان ظاهر المراد بسبب الاستعمال فهو الصريح وإلا فهو الكناية".^٣

مجال استعمال الكناية لدى الفقهاء:

القاعدة الغالبة لدى الفقهاء المسلمين أن كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح، ومالا يستقل به ويفتقر إلى إيجاب وقبول نوعان:

١. ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح وبيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية لأن الشاهد لا يعلم النية.

٢. مالا يشترط فيه الإشهاد وهو إما أن يقبل مقصوده التعليق كالحلع فيعقد بالكناية مع النية عند الجمهور وإما إلا يقبل كالأجارة والبيع وغيرهما في انعقاد هذا التصرفات بالكناية وجهان أصحهما الانعقاد. ومعيار الكناية فيها أن كل ما كان

^١ الصاوي على الدردير ص ١٧.

^٢ التوضيح على التنقيح مع الحواشي ٢٩٤/١ الكشف مع البزدوي ٥٢٣/٢.

^٣ كشف الاسرار مع البزدوي.

صريحاً في بابه ووجد نفاذه في موضوعه يكون كنيته في غيره كالحالة إذا أريد بها التوكيل مثلاً،

وصيغ أكثر العقود الإسقاطات يجوز أن ترد على وجه الكناية مع النية كما يجوز أن تكون عن طريق الصريح بلا نية أو معها.

الكناية في الطلاق:

بالنظر لكون الطلاق أكثر المواضيع الفقهية من حيث استعمال ألفاظ الكناية فيه فقد وقع اختياري عليه كنموذج للتطبيقات الفقهية الخلافية في باب الكنايات.

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في الاعتداء بكنايات الطلاق، وفي تحديد معيارها والتمييز بينها وبين الصريح، وفي النتائج المترتبة على استعمالها.

ومن المسائل الخلافية المتفرعة عن هذه الاعتبارات ما يلي:

١. إن السراح والفراق عند الشافعية من الصريح يقع بهما الطلاق بدون النية ومن الكنايات عند الحنفية ومن وافقهم فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

٢. حالة الغضب والخصومة والمذاكرة وسؤال الطلاق تغني عن النية في بعض الصور عند الحنفية وفي ظاهر كلام الإباضية وبصورة مطلقة عند الحنابلة خلافاً لبقية الفقهاء على ما وقفت عليه.

٣. فاللفظ الذي لا يدل على الطلاق والفراق (كاسقيني) يقع به الطلاق مع النية عند المالكية خلافاً لبقية الفقهاء لأن شرط الكناية عند الجمهور أن يشبه اللفظ الطلاق ويحتمله عند الإطلاق.

٤. إذا قال جارك على غارك أو أنت كالميتة يقع به الثلاث مطلقاً وإذا قال واحدة بآنسة يلزمه الثلاث في المدخول بها عند المالكية ولا يقع بكل ذلك سوى واحدة عند الجمهور إلا إذا نوى أكثر من واحدة.

٥. إذا اشتهر لفظ في الطلاق بحيث لا يحتمل غيره يصبح صريحاً عند الحنفية والحنابلة والمالكية فيقع به الطلاق بدون نية، ويبقى كناية عند الشافعية، وليس صريحاً ولا كناية عند الشيعة الإمامية والظاهرية فلا يقع به الطلاق مطلقاً.

^١ انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٨ فما بعدها.

٦. الطلاق بألفاظ الكنايات لا يقع في الصحيح عند الشافعية ما لم يقتن اللفظ بالنية من أوله إلى آخره خلافاً لمن لا يشترط المقارنة الكاملة.
 ٧. كتابة الطلاق تعتبر صريحاً ويقع بها الطلاق بدون النية عند الحنفية والحنابلة ولا يقع بها الطلاق مطلقاً عند الشيعة الإمامية والظاهرية وبعض الشافعية. ويقع بها أن نوى عند البعض الآخرين من الشافعية.
 ٨. لا يقع الطلاق بألفاظ الكناية عند الشيعة الإمامية والظاهرية مطلقاً سواء كانت مقترنة بنية الطلاق أم لا.
 ٩. لو قال للمدخول بها أنت واحدة يقع بها ثلاث عند المالكية سواء نوى الثلاث أم لا، ولا يقع بها إلا طلقة رجعية واحدة وإن نوى الأكثر في القول الأصح عند الحنفية.
 ١٠. والكناية الظاهرة يقع بها الثلاث وإن نوى واحدة في الأصح عند الحنابلة دون غيرهم من الفقهاء.
- هذه بعض الآثار الخلافية للفقهاء المترتبة على اختلافهم في كنايات الطلاق.^١

الترجيح:

والراجع من وجهة نظري هو أن المعيار في اعتبار اللفظ صريحاً أو كناية يجب أن يتحكم فيه العرف سواء كان عاماً أو خاصاً، والعرف يختلف من زمان إلى زمان آخر ومن مكان إلى مكان. وإن أكثر ألفاظ الكنايات كأمثال برية، خلية، بته، حبلك على غارك، أنت كالدّم مضت عليها قرون من الزمن فلا يحل للمفتي في عصرنا أن يفتي بها إلا لمن عرف معناها وكان عرفه جارياً على استعمالها في الطلاق، لأننا لانجد اليوم أحداً يطلق زوجته بهذه الألفاظ التي لم يبق لها وجود إلا في بطون الكتب، ثم يجب رعاية وجود العلاقة بين الطلاق والفراق، وبين اللفظ الذي يستعمل فيه. والقول بأن من قال لنزوجه (اسقيني الماء) وقصد به الطلاق يقع به طلاقه لا يقبله منطق الشريعة الإسلامية.

^١ انظر الشرح الصغير مع بلغة السالك في الفقه المالكي ١/ ٤٢٥ فما بعدها، نيل المارب في الفقه الحنبلي ٢/ ٩٣ فما بعدها، شرح فتح القدير ٤/ ٣ فما بعدها، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٠٣-٣٠٢ بدائع الضائع ٣/ ١٠٦ فما بعدها، المذهب لابن اسحاق الشيرازي في الفقه الشافعي ٨٢/٢ الخلاف للطوسي في فقه الشيعة الإمامية ٢/ ٢٣١ المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/ ١٨٥ فما بعدها، شمس الأصول في المذهب الإباضي ١/ ٢٥٣-٢٥٤.

الباب الثاني

اختلاف الفقهاء بسبب اختلافهم في السنة

الاسباب التي بحثناها في الباب الأول من الاختلاف في القواعد الأصولية والفقهية كالحااص والعام والمشارك والنص والظاهر والمجمل والحقيقة والمجاز وغيرها يشترك فيها القرآن الكريم والسنة النبوية على حد سواء تقريباً.

أما ما يتضمنه هذا الباب من أسباب اختلاف الفقهاء فإنه يختص بالسنة النبوية، وينحصر في نطاق دائرتها، ولا يشترك فيها المصدر الأول.

والاختلاف في الأحكام بسبب السنة لا يعود إلى ذاتها، أي من حيث أنها صادرة عن الرسول (ﷺ) وذلك لإجماع الأمة الإسلامية على اتباع الرسول في قوله وفعله وتقريره بما هو خاص بالتشريع، ولإتفاقهم على أن السنة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم لاستنباط الأحكام الشرعية، ولم يخرج عن ذلك إلا فئة شاذة، وهم كالعدم لا يعبأ بقولهم.

ولم يبع أحد من أئمة المسلمين مخالفة الرسول في شيء من سنته.

وأعذار الفقيه في ترك العمل بسنة من سنن رسول الله (ﷺ) تعود:

أ - إما إلى عدم اقتناعه بأن ما وصل إليه هو صادر من الرسول، ولهذا لم يأخذ جماعة من الفقهاء ببعض الأحاديث إلا بشروط خاصة.

ب - وإما إلى أن الحديث لم يبلغه، أو بلغه ولكن نسيه، فقال في مسألة بمقتضى دليل آخر قد يوافق ذلك الحديث أو يخالفه.

ج - وإما إلى عدم اعتقاده إرادة تلك المسألة بهذا الحديث، وذلك لظنه أن دلالة قد عارضها ما دل على أنها ليست مرادة مثل معارضة العام بخاص، أو المطلق بمقيد، أو الأمر المطلق بما ينفي الوجوب، أو الحقيقة بما يدل على المجاز وهكذا.^١

د - أو أنه معارض بما يدل على ضعفه أو نسخه أو تأويله إن كان يقبل التأويل أو إلى غير ذلك من الأسباب الأخرى.

ومرد ذلك كله إلى أن السنة النبوية تفارق القرآن الكريم في أن القرآن وصل إلينا بطريق التواتر، وأن السنة لم يصل إلينا بطريق التواتر إلا نذر قليل منها، فأدى ذلك إلى إنقسامها إلى مراتب تتفاوت قوة وضعفا حسب انقسامها باعتبار الذات، أو باعتبار اتصالها أو انقطاعها أو محلها الذي جعلت حجة فيه، أو معارضتها.

لذلك نقسم هذا الباب إلى فصول أربعة:

أولها في حقيقة السنة، وأقسامها بحسب الذات ومركزها وأهميتها في الشريعة الإسلامية.

وثانيها في مراتب اتصال السنة بنا من رسول الله (ﷺ) واختلاف الفقهاء في الأخذ بتلك المراتب تحت شروط خاصة.

وثالثها في السنة باعتبار عدم اتصالها وما نشأ عن ذلك من اختلاف الفقهاء، وانفراد كل منهم بشروط محددة للعمل بها.

ورابعها في الاختلاف بسبب وصول الحديث إلى علم البعض دون الآخرين، أو بسبب اختلافهم في فهم المراد من الحديث، أو بسبب التعارض الظاهري بين الآثار واختلافهم في دفعه.

^١ انظر رفع الملام من الأئمة الاعلام لابن تيمية ص ١١.



الفصل الأول في حقيقة السنة وأقسامها

بحسب الذات، ومركزها، وأهميتها
ويتضمن ثلاث مباحث:



المبحث الأول

السنة وأقسامها

السنة:

لغة، هي الطريقة المعتادة حسنة كانت أو سيئة.^١
وهي في اصطلاح الأصوليين عبارة عن كل ما صدر عن الرسول (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير من حيث كونه مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي.^٢
وعند الشيعة الإمامية هي ما صدر عن المعصوم من قول أو فعل أو تقرير، فتشمل ما صدر عن الرسول (ﷺ) وعن الأئمة المعصومين في نظرهم.^٣

أقسام السنة باعتبار ذاتها:

تنقسم السنة النبوية باعتبار الذات إلى القولية والفعلية والتقريرية.

السنة القولية:

هي الأحاديث التي قالها الرسول (ﷺ) في مناسبات مختلفة، كقوله (ﷺ) (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٤)، (لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد)^(٥)،

^١ وردت بهذا المعنى في القرآن الكريم كقوله تعالى: (وَمَا مَنَعَ النَّاسَ أَنْ يُؤْمِنُوا إِذْ جَاءَهُمُ الْهُدَى وَيَسْتَغْفِرُوا رَبَّهُمْ إِلَّا أَنْ تَأْتِيَهُمْ سُنَّةٌ الْأَوَّلِينَ) سورة الكهف/ ٥٥ أي ما كان عليه الأولون من العمل وفي الحديث الشريف: من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة، صحيح مسلم/ ٧٠٥.

^٢ انظر السعد على التوضيح على التنقيح مع الحواشي ٢/ ٢٤٢.

^٣ أصول الاستنباط ص ١٢.

^٤ أخرجه ابن ماجه وابن حبان وغيرهما وهو حديث صحيح كما قال أهل العلم، وقد ورد بالفاظ متقاربة منها: إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

^٥ رواه الإمام أحمد / كشف القناع ٥/ ٥٤: خلاصة حكم المحدث: أصح شيء في هذا قول ابن عباس

(البينة على المدعي واليمين على من أنكره)،^١ إلى غير ذلك من سننه القولية التي عاجلت شتى مجالات الحياة.

وتطبق جميع القواعد الأصولية واللفظية التي سبق بيانها في الباب الأول على السنة القولية كما تطبق على القرآن الكريم.

السنة الفعلية (أو العملية):

هي أعماله الخاصة بالتشريع كإقامة الصلاة وأداء الزكاة وتنفيذ مناسك الحج والقضاء بشاهد واحد ويمين المدعي، وغير ذلك من الأعمال التي صدرت منه بصفته رسولاً.

أما أفعاله بصورة عامة فيمكن إرجاعها إلى أنواع، وهي:

١. ما صدر عنه باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم واللبس، وهذا النوع ليس فيه تأس عند الجمهور^(٢) لدلالته على الإباحة، ونقل الباقلائي عن جماعة أنه مندوب.

٢. ما قام اختصاصه به (ﷺ) كالزيادة على أربع من النساء والتهجد بالليل، فهذا النوع الخاص به لا يشاركه فيه غيره، إلا إذا بين (ﷺ) أنه واجب ومندوب لنا، وعند ذلك يكون فعلنا له هو لقوله، لا لكونه واجباً عليه.

٣. ما عرف كونه بياناً لنص من نصوص القرآن الكريم، فهذا النوع دليل بالاتفاق وحكمه حكم مبيته في الوجوب والندب والإباحة، كقوله (ﷺ): (صلوا كما رأيتموني أصلي)^٣ بياناً لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ وقوله: (خذوا عني مناسككم)^٤ بياناً لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾.

٤. ما لم يرد بياناً بل أتى ابتداءً وعلمت صفته^٥ في حقه من وجوب أو ندب أو إباحة بيانه أو قرينة^٦ فاختلفوا في ذلك على أقوال منها: أن أمته مثله في ذلك الفعل إلا أن

^١ رواه البيهقي بإسناد صحيح سبل السلام ١٣٢/٤.

^٢ الأسنوي مع البدخشي ١٩٨/٢ إرشاد الفحول ٣٥.

^٣ رواه مسلم، سبل السلام ١٧٠/٨.

^٤ رواه مسلم، سبل السلام ٢٠١/٢.

^٥ مثل صلاة الرواتب.

^٦ الأسنوي مع البدخشي ١٩٨/٢.

يدل دليل على اختصاصه^١ ومنها: أن أمته مثله في العبادات دون غيرها، ومنها: التوقف.

٥. ما لم يرد بياناً ولم تعلم صفته في حقه وظهر فيه قصد القرية فاختلف العلماء في هذا القسم على أربعة أقوال:

أ- أنه للوجوب ما لم يدل دليل على غيره، وبه قال جماعة من المعتزلة وابن شريح وأبو سعيد الأصبخري وابن خيران و أبي هريرة، ونقله القرافي من الإمام مالك وحكاه عنه أيضاً ابن خويرز منداد.^٢

ب- أنه للندب: قال الجويني في البرهان^٣: في كلام الشافعي ما يدل عليه وقال الرازي في المحصول^٤: أن هذا القول نسب إلى الشافعي. وذكر الزركشي في البحر أنه حكاه عن القفال وأبي حامد المروزي، وأخذ به الظاهرية.^٥

ت- أنه للإباحة: قال الرازي في المحصول هو قال مالك، ولم يذكر الجويني قول الإباحة. ث- التوقف قال الرازي في المحصول هو قول الصيرفي وأكثر المعتزلة وقال الشوكاني حكاه أبو إسحاق عن أكثر أصحاب الشافعي.

٦. ما لم يرد بياناً ولم تعلم صفته في حقه (ﷺ) ولم يظهر فيه قصد القرية فاختلف في هذا القسم على أربعة أقوال.^٦

أ - أنه واجب علينا، روى هذا عن ابن سريج، وقال به الطبري وأبو سعيد الأصبخري وأكثر متأخري الشافعية، وقال سليم الرازي أنه ظاهر مذهب الشافعي.

ب- أنه مندوب وهو قول أكثر الحنفية والمعتزلة^٧ وقال البيضاوي وهو قول الشافعي.^٨

^١ اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ص ٣٧. الأسنوي مع البدخشي ١٩٨/٢. إرشاد الفحل ص ٣٦.

^٢ مفتاح الوصول للتمساني ص ١٢١.

^٣ مخطوطة المكتبة المركزية بغداد.

^٤ مخطوطة دار الكتب المصرية.

^٥ إرشاد الفحول ص ٣٧ الأحكام لابن حزم ١/ ١٣٩

^٦ إرشاد الفحول ص ٣٨.

^٧ راجع منهاج البيضاوي، مع الأسنوي والبدخشي ١٩٧/٢ اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ص ٣٧ إرشاد الفحول للشوكاني ص ٣٨.

ج- أنه مباح، نقله البدوسي في التقيويم^١ عن أبي بكر الرازي (الخصاص). وقال أنه الصحيح، واختاره الجويني في البرهان^٢. وقال البيضاوي وهو قول مالك^٣، وهو الراجح عند الحنابلة^٤ واختاره أبو إسحاق الشيرازي^٥.

د- التوقف حتى يقوم دليل. نقله ابن السمعاني عن أكثر الأشعرية قال واختاره الدقاق، ونقل عن الإمام أحمد ما يدل عليه، وهو قول أبي بكر الصيرفي واختار البيضاوي^٦.

واحتج كل من أصحاب هذه الآراء بما يعزز رأيه من الأدلة وتركت استعراضها تجنباً من التطويل.

الترجيح:

والراجح من وجهة نظري هو أن كل ما قام به الرسول (ﷺ) بصفته بشراً لا بصفته رسولاً يعمل على أنه مباح له ولا ممتنع ويستحب التأسي به، وإن كل ما ثبت أنه من خصائصه لا نقتدي به إلا بدليل، وأن كل من كان بياناً له حكم مبينه، وفيما عدا ذلك يجب أن يعمل فعله على الندب إن لم تصرفه قرينة إلى الوجوب لأن ما صدر منه بصفته رسولاً لا يعمل على الإباحة لوجودها قبل التشريع، ولا على الوجوب بدون قرينة أو بيان منه لأنه لا يمكن أن تبقى صفة الوجوب مجهولة عن أصحابه إلى ما بعد وفاته حتى تكون مشار خلاف الأصوليين والفقهاء لأن ذلك يتنافي مع وظيفة رسالته ووجوب بيان شريعة الله.

^١ البيضاوي مع الأسنوي والبدخشي المرجع السابق.

^٢ مخطوطة دار الكتب المصرية القاهرة.

^٣ مخطوطة المكتبة المركزية بغداد.

^٤ البيضاوي مع الأسنوي والبدخشي المرجع السابق.

^٥ المسودة في أصول الفقه الحنبلي ص ٦٧.

^٦ اللمع للشيرازي ص ٣٧.

^٧ البيضاوي المرجع السابق المسودة المرجع السابق.

أثر هذه الخلافات في المسائل الفرعية^١:

الاختلاف في حكم الأضحية. فذهب جماعة إلى أنها واجبة، وهو قول ربيعة ومالك في رواية عنه والأوزاعي والليث بن سعد وزفر والحسن وصاحبي أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنهما.^٢

ولأبي حنيفة تفصيل في ذلك فقال: إن كان معه نصاب قحب عليه وإن لم يكن معه نصاب لا قحب عليه، وقحب عنده على المقيم ولا قحب على المسافر وإن فات وقتها لا قحب إعادتها.^٣ وذهب الجمهور إلى أنها سنة مؤكدة لمن قدر عليها، وبه قال من الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وابن مسعود وابن عباس وابن عمر، ومن التابعين عطاء وعلقمة، وإليه ذهب الشافعي^٤ وأحمد بن حنبل^٥ وذكر الطحاوي أنه قول أبي يوسف ومحمد^٦. وهو المشهور في مذهب الإمام مالك^٧ وهو قول الشيعة الإمامية.^٨

وسبب اختلافهم هو الاختلاف في هل أن فعله (ﷺ) في الأضحية عمول على الوجوب أو على الندب، وذلك لأنه (ﷺ) لم يترك الضحية قط فيما روي عنه حتى في السفر.^٩ فمن حمل فعل الرسول (ﷺ) على الوجوب قال بوجوب الأضحية، ومن حمله على الندب قال أنها مؤكدة لمواظبته عليها.

^١ عمل الخلاف هو الفعل الذي لا يكون جبلياً ولا خاصاً به ولا يكون بياناً لم يثبت مشروعيته ولم يعلم حكمه قبل ذلك.

^٢ فتح القدير ٥٠٦/٩ فما بعدها بداية المجتهد ٤١٥/١.

^٣ فتح القدير المرجع السابق.

^٤ المذهب للشوازي ٢٣٧/١.

^٥ نيل المارب بشرح دليل الطالب ١١٢/١.

^٦ فتح القدير مع الهداية المرجع السابق.

^٧ بلغة السالك ٢٨٦/١.

^٨ الخلاف للطوسي ٥٢٦/٢.

^٩ بداية المجتهد ٣٤٧/١-٣٤٨.

السنة التقريرية:

أنها عبارة عن سكوت الرسول (ﷺ) عما صدر من أصحابه من قول أو فعل سواء حصل الصدور في حضوره أو في غيابه ثم بلغه لأنه بعث لبيان الشريعة وإبطال ما يخالفها فسكوته عن الإنكار تقرير منه لذلك الفعل أو القول ودليل على جوازه.

وبما فعل في غيابه وأقره أن أصحابه الذين صاحبه في معركة بني قريظة، بعد أن قال (ﷺ) (لا يصلين أحد إلا في نبي قريظة) انقسموا على أنفسهم: فمنهم من فهم أن النهي على حقيقته فلم يصلوا في وقتها، ومنهم من فهم أن المقصود من الأمر هو الإسراع وعدم التواني في الهجوم على العدو، فصلّوها في وقتها، ولما بلغه الخبر أقر كلا الفريقين.

ومن للسائل الخلافية للفرقة عن الخلاف في السنة التقريرية ما يلي:

روي عن عمرو بن العاص رحمه الله أنه قال: احتملت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل^١ فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك فتيمنت وصليت بأصعابي صلاة الصبح فذكر ذلك للنبي (ﷺ) فقال يا عمرو صليت بأصعابك وأنت جنب فقلت سمعت الله يقول (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ٢٩) (٢) ولم ينكر عليه النبي.

فذهب الجمهور إلى جواز التيمم لو وجد الماء إذا خاف من استعماله لشدة البرد وأكثرهم استندوا إلى تقرير الرسول (ﷺ) لعمرو بن العاص^٢ ومنهم من قاسه على المريض.

وقال الحنفية: لا يتيمم خوفاً من شدة برد الماء إلا إذا كان حدثاً حدثاً أكبر لأنه هو الذي يتصور فيه ذلك أمّا المحدث حدثاً أصغر فإنه لا يتيمم إلا إذا تحقق الضرر.^٣

وقال الشافعية^٤ والمالكية^٥ والحنابلة^٦ والشيعة الامامية^٧ له أن يتيمم مطلقاً إذا خاف من استعمال الماء لشدة البرودة.

^١ المذهب للشيرازي ٣٥/١.

^٢ النساء/٢٩.

^٣ المجموع للنووي ٢٨٩/٢.

^٤ الهداية مع فتح القدير ١٢٤/١ غير أنها لم يتفقوا على ذلك أيضاً.

^٥ المذهب للشيرازي ٣٥/١.

^٦ بلغة السالك ٦٣/١.

^٧ نيل المارب ١٢٦/١.

^٨ الخلاف للطوسي ٣٨/١.

وذهب جماعة منهم الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح إلى عدم جواز التيمم لو وجد الماء ^(١) أخذ بظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْمَآئِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً﴾ ^(٢) الآية. وجه الدلالة هو أن الآية حددت أعذار التيمم فلا يدرج تحتها خوف استعمال الماء لشدة برودته.

وسبب الاختلاف هو اختلافهم في الأخذ بالسنة التقريرية في قصة عمرو بن العاص فأخذ بها الحنفية مع مراعاة وجود الحدث الأكبر لأن عمرو بن العاص كان على حدث أكبر. والجمهور لم يراعوا ظروف الواقعة من كون المتيمم محدثاً حدثاً أكبر بل أجازوه مطلقاً للحدث الأكبر والأصغر لعدم الفرق.

ومن الفقهاء من أخذ بظاهر آية التيمم ولم يعمل بهذه السنة التقريرية. وفي نظري أن الآية ظاهرة في اعتبار السفر عذراً من أعذار التيمم مطلقاً.

^١ المجموع للنووي ٢/٢٨٩ بداية المجهتد ١/٦٤.

^٢ النساء/٤٣.

المبحث الثاني

مركز السنة النبوية وأهميتها

أجمع المسلمون على أن السنة أصل من أصول الشريعة وأنها تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم في مصدرتها لأحكام الشريعة مستنديين في ذلك إلى الكتاب والسنة والإجماع والمقول.

١- الكتاب:

فرض سبحانه وتعالى على المؤمنين في آيات كثيرة طاعة رسوله، منها {قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ} ^١، {وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رُسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ} ^٢، {مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ} ^٣، {وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ} ^٤، {وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا} ^٥، {وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا} ^٦.

وغيرها من الايات الاخرى الكثيرة من هذا القبيل التي تدل على حجية السنة، وعلى كونها مصدرا للأحكام الشرعية.

٢- السنة:

أ- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ﷺ): من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد. ^٧

ب- عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنه) قال رسول الله (ﷺ): لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه

^١ آل عمران/٣٩.

^٢ النساء/٦٤.

^٣ النساء/٨٠.

^٤ النحل/٤٤.

^٥ الأحزاب/٣٦.

^٦ الحشر/٧.

^٧ رواه البخاري ومسلم وأبو داود واللفظه من صنع أمرا على غير أمرنا فهو رد راجع قواعد التحديث ص ٥٣.

تبعاً لما جئت به^١.

وغير ذلك من الأحاديث التي تؤكد أن السنة النبوية مصدر للأحكام الشرعية بعد القرآن الكريم.

٣- الإجماع:

اتفق الصحابة في حياة رسول الله (ﷺ) واجمعوا بعد وفاته على التزام العمل بسنته وطاعته فيما قضى به أو أفتى مما ليس في الكتاب، وكانوا يرجعون إلى السنة إذا لم يجدوا حكم أمر من الأمور في القرآن الكريم.

٤- العقول:

كل من له عقل أو تمييز يعرف أن من ثبتت بنوته فهو صادق فيما يصدر عنه ويجب إتباعه^٢.

لهذه الأدلة وغيرها اتفق المسلمون على وجوب إتباع الرسول (ﷺ) وعلى أن كل شخص يمكن أن يؤخذ بقوله ويترك ألا رسول الله (ﷺ). وإذا ذهب فقيه في مسألة بما يخالف رسول الله (ﷺ) فذلك إما لأنه لم تصله السنة، أو وصلته ولكن لم تصح عنده وغيرها من الأسباب التي سنتناولها بالبحث في هذا الباب.

وشذ من قال بعدم العمل بسنة الرسول والشاذ في حكم العدم.

أهمية السنة في التشريع الإسلامي:

أهمية السنة في انقسامها بحسب الأحكام التي جاءت بها إلى الأقسام الآتية:

١- السنة المقررة والمؤكدّة لأحكام جاء بها القرآن الكريم، فيكون لتلك الأحكام مصدران وعليها دليلان، دليل من القرآن ودليل مؤكد من السنة، وهذا النوع كثير في سنة الرسول (ﷺ) ومنه:

أمره (ﷺ) بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وصيام رمضان وحج بيت الله الحرام والوفاء بالعقود ويسلك الطريق المستقيم والتخلق بالأخلاق الحميدة إلى غير ذلك من الأوامر الأخرى.

^١ المرجع السابق.

^٢ تيسير التحرير ٢٢/١.

ونهي عن الشرك بالله وعن شهادة الزور وعن عقوق الوالدين وعن قتل النفس بغير حق وعن مقاربة الفاحشة وعن تناول المسكرات وعن السرقة وعن الخيانة في الأمانة وعن قذف المحصنات، إلى غير ذلك من النواهي الأخرى.

٢ - السنة الميَّنة لما جاء في القرآن الكريم من النصوص المحتاجة إلى البيان فهي تخصص عامه وتقيّد مطلقة وتفصل جملة وتبين مبهمه وتفسّر مشكّله انه (ﷺ) محوّل بهذه السلطة وفقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^١ ومن هذا النوع بيانه القولى والفعلى لمواقيت الصلاة وعدد ركعات كل فريضة من الفرائض الخمس والكيفية التي يجب أن تؤدّى بها وما تتضمنه من تكبير وتسليم وركوع وسجود وقيام وجلوس وقراءة وتشهد إلى غير ذلك من فرائض الصلاة وسننها ومنه أيضاً بيانه للزكاة ونصابها والاموال التي يجب فيها الزكاة ومقاديرها التي يجب إخراجها وتسليمها إلى مستحقيها إلى غير ذلك من الأحكام الجزئية التفصيلية للزكاة.

وقل مثل ذلك في مناسك الحج وكيفيه الصيام وأدائه وفرائضه وفي نصاب السرقات وكيفيه تطبيق حد القطع وفي بيان الأحكام التفصيلية للبيوع والربا وفي بيان أحكام المطعومات والأشربة والمعاملات والأحوال الشخصية وغيرها من الأحكام التي أجمالها القرآن الكريم في بعض مجالاتها.

٣ - السنة المنشئة لأحكام سكت عنها القرآن الكريم فيكون مصدرها السنة ومن هذا النوع تحريم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور^٢ وتحريم لبس الحرير والتختم بالذهب للرجال وفرض نصيب الجدة في الميراث وجواز الرهن في غير السفر والحكم بشاهد وعين المدعى وجوب صدقه الفطر وصلاة الوتر وغير ذلك من الأحكام التي انفردت السنة بها ظاهراً، وما يذكر هو أن الرسول (ﷺ) لا يأتي بما ينافي القرآن، لأنه (ﷺ) أعلم خلق الله بما يبلغ عن ربه وأخبرهم بمقاصد الشريعة وأتقاهم باطاعته وآمنهم في أداء وظيفه الرسالة، ولأنه خاضع للوحي والإلهام في كل ما يصدر عنه بالنسبة للتشريع ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾.

^١ النحل/٤٤

^٢ عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي (ﷺ) قال: كل ذي ناب من السبع فأكله حرام. رواه مسلم وزاد ابن عباس وكل ذي مخلب من الطير. أخرجه الترمذي سبل السلام ٧٢/٤.



الفصل الثاني السنة المتصلة

يتضمن هذا الفصل مراتب اتصال السنه وشروط الراوي
واثرها في الاختلاف وشروط العمل بخبر الواحد واثرها في
الاختلاف ونستعرض ذلك في ثلثه مباحث:



المبحث الاول

مراتب السنة المتصلة واثرها في اختلاف الفقهاء

تنقسم السنة النبوية باعتبار سندها الى السنة المتصلة وهي ما ذكر فيها الرواة من اول السند الى رسول الله (ﷺ) دون ان يسقط من رواها احد، والى السنة غير المتصلة وهي التي سقط منها راو او اكثر وتسمى المرسل كما تسمى بالخبر المنقطع. ومراتب الاتصال عند الحنفية والاباضية ومن وافقهم هي:^٢

- ١- اتصال كامل لا شبهة فيها وهو الخبر المتواتر.
 - ٢- اتصال فيه نوع شبهة صورة وهو الخبر المشهور.
 - ٣- اتصال فيه شبهة صورة ومعنى وهو خبر الآحاد.
- ومراتب الاتصال عند الجمهور قسمان فقط، اذ المرتبة الثانية والثالثة تندرجان تحت خبر الواحد ولا يوجد اصطلاح الخبر المشهور عندهم.

^١ السند: سند الحديث هو طريقة الى رجاله الذين رووه او هو الاخبار عن طريق المتن قواعد التحديث ص ٢٠٢.

الاسناد: هو رفع الحديث الى قائله المرجع السابق.

المتن: هو الفاظ الحديث التي تتقوم بها المعاني، النخبة النهائية في علم مصطلح الحديث ١٤.

^٢ كشف الاسرار مع البزدوي ٦٨٠/٢ شرح تنقيح الفصول للقراني ص ٣٤٩ شمس ١٣/٢ فما بعدها.

٤- استواء الطرفين والواسطه في هذه الصفات بأن تكون صفة العلم والحس والعدد موجودة في الطبقة المشاهدة والمخبرة والتي بينهما^١.

أنواع السنة المتواترة:

١- التواتر اللفظي:

هو أن يتفق جميع رواة الحديث على لفظه ومعناه، كقوله (ﷺ): (من كذب عليّ متعمداً فليتبؤ مقعده من النار)، فإن هذا الحديث قد رواه جمع من الصحابة يستحيل تواطؤهم على الكذب، ثم رواه مثلهم من التابعين ثم من تابعي التابعين وهو عصر تدوين السنة.

وقد أنكر وجود السنة القولية المتواترة بعض العلماء كابن الصلاح الشهرزوري^٢ لكن قال بوجودها كالحديث المذكور وكحديث المسح على الخفين^٣.

ب - التواتر المعنوي:

هو أن يكون ما يرويه كل واحد من الجمع مختلفاً مع ما يرويه الآخرون في اللفظ، إلا إن أخبارهم اتفقت على معنى مشترك فيما روه ولو بطريق الالتزام^٤ وهذا النوع هو الغالب في التواتر. وحكم السنة المتواترة هو وجوب العمل بها كما يجب العمل بالقرآن الكريم دون تردد أو شبهة، وذلك لأنها توجب علم اليقين الذي بمنزلة العيان عند الجمهور.

^١ الأسنوي مع البدخشي ٢/٢٢٥ شمس الأصول ١١/٢.

^٢ المستصفى المرجع السابق شمس الأصول للسالمي الاباضي ٨/٢.

^٣ الأسنوي مع البدخشي ٢/٢٢٥ شمس الأصول ١١/٢.

^٤ هو الشيخ الحافظ ابو عمرو عثمان (ابن الصلاح) الشهرزوري الكردي نزيل دمشق وصاحب كتاب علوم الحديث الذي اشتهر بمقدمة ابن الصلاح وتوفي ٦٤٣ هـ.

^٤ ونقل عن ابي حنيفة انه قال: ماقلت بالمسح على الخفين الا انه جاء مثل ضوء النهار واخاف الكفر على من أنكره مسلم الشبوت ١٢٠/٢.

٥ المرجع السابق ١٠٩/٢

المطلب الثاني السنة المشهورة

السنة المشهورة هي التي لم تبلغ روايتها عن الرسول (ﷺ) حد التواتر ولكنهم بلغوا هذا الحد بعد ذلك، فإذا روى الحديث عن الرسول الله (ﷺ) واحد أو اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ثم رواه عنهم جمع من التابعين يمتنع اتفاقهم على الكذب وهكذا حتى نهايه السند في عصر تدوين السنة فإذا هذا الحديث يعد مشهورا فالمعول عليه في الشهره هي الطبقة الثانية والثالثة من الرواة وهم التابعون وتابعوا التابعين، لأن كل سنة أصبحت مشهورة في الطبقة الرابعة بعد شيوع التدوين، لا تُسمى في الإصطلاح بالسنة المشهورة.

مرتبتها في القوة:

السنة المشهورة تأتي في المرتبة الثانية من مراتب الاتصال بعد السنة المتواترة عند الحنفية والاباضية^١ وجه كونها في المرتبة الثانية ان فيها نوع شبهة صورة لا معنى لأنها لما كانت من الآحاد في الأصل كان في الإتصال ضرب شبهة صورة. ولما تلقتها الأمة بالقبول في عهد التابعين وتابعي التابعين مع عدالتهم وتصلبهم في الدين، كانت بمنزلة التواتر، وبذلك تشبه الآحاد في الصورة والمتواترة في المعنى، فهي منزلة بين المنزلتين.

حكمها:

اختلف في حكم السنة المشهورة على التفصيل الآتي:

١- ذهب فريق من الحنفية كأبي بكر الجصاص وغيره وبعض الإباضية كالبدري الشماخي إلى أن حكمها حكم السنة المتواترة، فيثبت بها علم اليقين لكن بطريق الاستدلال دون الضرورة.

واستدلوا على ذلك: بأن التابعين لما اجمعوا على قبولها والعمل بها ثبت صدقها، لأنه لا يتوهم اتفاقهم على القبول إلا بجامع جمعهم عليه، وليس ذلك إلا تعيين جانب

الصدق في الرواية، لذا سمي العلم الثابت بها استدلاليا لا ضروريا^١.
وقال عبد العزيز البخاري (ذهب الى هذا بعض أصحاب الشافعي، فقد ذكر في القواطع خبر الواحد الذي تلقتة الأمة بالقبول يقطع بصدقه كخبر عبد الرحمن بن عوف في أخذ الجزية من المجوس، وخبر أبي هريرة من قهرم المرأة على عمتهَا وخالتها)^٢.

ب- وذهب عيسى بن أبان من الحنفية^٣ وبعض علماء الإباضية^٤ الى انها توجب علم الطمانينة^٥ لا علم اليقين فكانت دون السنة المتواترة وفوق خبر الواحد حتى جازت الزيادة بها على كتاب الله التي هي تعادل النسخ .
وقال عبد العزيز البخاري هو اختيار القاضي أبي زيد الدبوسي والشيخين وغامة المتأخرين (من علماء الحنفية).

واستدل على ذلك بأنها صارت حجة بشهادة السلف بحيث صحت الزيادة بها على كتاب الله، لكن بقيت فيها شبهة الانفصال وتوهم الكذب باعتبار أن روايتها في الأصل لم يبلغوا حد التواتر، فيسقط بها علم اليقين ولهذا لم يكفر جاحدها^٦.

ج- وذهب الجمهور الى أنها ملحقة بخبر الواحد، فلا تفيد الا الظن وبناء على ذلك لا يوجد التقسيم الثلاثي لدى الجمهور فالسنة عندهم إما متواترة أو خبر الواحد .

ثمرة الخلاف:

بنى الحنفية على التفريق بين السنة المشهورة وبين خبر الواحد قولهم يجوز الزيادة على كتاب الله بالسنة المشهورة دون خبر الواحد .

وقال البزدوي: (الحديث المشهور بشهادة السلف صار حجة للعمل به كالمتواتر فصحت الزيادة به على كتاب الله وهو نسخ عندنا وذلك مثل زيادة الرجم والمسح على الحفين

^١ خمس الاصول المرجع السابق.

^٢ كشف الاسرار مع البزدوي ٢/٦٨٨،

^٣ المرجع السابع.

^٤ خمس الاصول ١٤/٣.

^٥ الطمانينة زيادة توطئ وتسكين يحصل للنفس على ما أدركته .

^٦ كشف الاسرار، المرجع السابق.

والتتابع في صيام كفارة اليمين).^١

وقال الحنفية ليست هذه الصور وغيرها من قبيل التخصيص لأن من شرطه - أي في نظرهم - أن يكون المخصص مثل المخصص منه في القوة وأن يكون متصلاً لا متاخياً ولم يوجد الشرطان جميعاً.^٢

ويلاحظ أنهم لا يقولون بجواز نسخ القرآن بالسنة المشهورة ولكنهم يرون أن الزيادة على القرآن بمثابة النسخ فتجوز بالسنة المتواترة والمشهورة دون خبر الواحد.^٣

الجمهور لا يرون تلك الزيادة نسخاً ولا بمثابة، بل يعتبرونها بياناً عن طريق تخصيص العام، أو تقييد المطلق أو غيرها وفق قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾.

وترتب على هذا الخلاف اختلافهم في مسائل فرعية كثيرة منها: الاختلاف في التفريب مع الجلد، فقال أبو حنيفة وأصحابه: لا تفريب أصلاً باعتباره جزءاً من الحد أو متمماً له وإنما هو من باب التعزيز يعود إلى رأي الإمام واجتهاده فإن رآه طبعه وإلا فلا.

وقال الجمهور: التفريب يعتبر جزءاً متمماً للحد إلى جانب وجود مائة جلدة على اختلافهم في التفصيل وقد سبقت هذه المسألة في الباب الأول مفصلاً.

^١ أصول البزدوي مع كشف الاسرار ٦٨٨/٢

^٢ كشف الاسرار مع البزدوي ٦٨٩/٢

^٣ المرجع السابق

المطلب الثالث

خبر الآحاد

حديث الآحاد (أو خبر واحد): هو الذي يرويه الواحد أو الإثنين فصاعداً من أول السند إلى منتهاه ولا يبلغ رواته حد التواتر في الطبقات الثلاث: (طبقة الصحابة والتابعين وتابعي التابعين). اذ العبرة بما قبل التدوين فقط من حيث مرتبة الحديث تواتراً وشهرةً وآحاداً^١.

مرتبته في القوة:

خبر الواحد في المرتبة الثانية عند الجمهور، وفي المرتبة الثالثة عند الحنفية والاباضية^٢ للشبهة صورة ومعنى، أما ثبوت الشبهة فيه صورة فلأن الاتصال بالرسول (ﷺ) لم يثبت بصورة قطعية. وأما معنى فلأن الأمة لم تتلقه بالقبول في عهد الصحابة والتابعين وتابعي التابعين بخلاف المتواتر والمشهور.

حكمه:

اختلف العلماء في حكم خبر الآحاد على أقوال، أهمها:
أ- انه يوجب العمل به ولا يوجب العلم، وهو رأي أكثر أهل العلم وبضمنهم جماعة من الفقهاء^٣، واستدلوا بأدلة منها:

١- قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^٤.

لأن المراد من الطائفة التي وجب عليها الخروج للتفقه والإنذار إما أن يكون العدد الذي ينتهي إلى حد التواتر أو ما دونه، والأول غير جائز، وإلا لوجب على كل أهل بلدة وهم دون التواتر، أن يخرجوا بأجمعهم للتفقه والإنذار، وذلك لم يقل به

^١ شرح التوضيح على التنقيح ٢/٢٤٦ كشف الاسرار مع البزدوي ٢/٦٩٠.

^٢ طلعة الشمس مع شمس الاصول ٢/١٥٠.

^٣ راجع المرجعين السابقين.

^٤ التوبة/١٢٢.

أحد، فلم يبق غير ذلك. وإذا ثبت أن أخبار العدد الذي لا ينتهي الى حد التواتر حجة موجبة في هذه الصورة، لزم أن يكون حجة في غيرها ضرورة، أن لا قائل بالفرق.^١

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ لان الله علق وجوب التثبت على خبر الفاسق وهذا يعني ان خبر غيره بخلافه، وذلك إما ان يكون بالجزم برده أو بقبوله، والأول غير جائز، وإلا كان خبر عدل أقل درجة من خبر الفاسق، فلم يبق إلا الثاني وهو المطلوب .

٣- كان النبي (ﷺ) يبعث أحاد الصحابة الى النواحي والقبائل والبلاد لتبليغ الأخبار والأحكام، وفصل المحصومات، وقبض الزكوات ونحو ذلك، مع علمنا بتكليف المبعوث اليه بالطاعة والانقياد لقبول قوم المبعوث والعمل بمقتضى ما يقول، مع كون المنفذ من الاحاد ولو لم يكن خبر الواحد حجة لما كان كذلك .

ب- انه لا يوجب العمل به لانه لا يوجب العلم:

وذهب اليه القاشاني وابو داود وجماعة من المتكلمين، وبعض المحدثين، وبعض المعتزلة.^٢ واستدلوا بأدلة منها ان المشرع (وهو الله) موصوف بكمال القدرة وهو قادر على التشريع بأوضح دليل فأى ضرورة له في التجاوز عن الدليل القطعي الى ما لا يفيد الا الظن، وان التكاليف تعتمد على تحصيل المصالح ودفع المفاسد وذلك يقتضي ان تكون المصلحة او المفسدة معلومة وخبر الواحد لا يفيد الا الظن وهو يجوز خطؤه فيقع المكلف في الجهل والفساد وهو غير جائز.^٣

ويرد بأن الظن اصابته غالبية وخطؤه نادر، ومقتضى القواعد الاترك المصالح الغالبة للمفسدة النادرة ولذلك أقام المشرع الظن مقام العلم لغلبة صوابه وندرة خطأه .

ج- انه يوجب العلم والعمل:

وذهب الى هذا الرأي الامام احمد واتباعه وداود الظاهري ومن تابعه.^٤ واستدلوا على ذلك باننا نجد انفسنا في خبر الواحد الذي وجدت شرائطه صحة العلم بالمخبر به

^١ الاحكام للامدي ٢٥٠/١ فما بعدها.

^٢ فتح الغفار بشرح المنار ٧٩/٢.

^٣ كشف الاسرار مع البزدوي ٢٤٦/٢ فما بعدها، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٥٧.

^٤ فتح الغفار بشرح المنار ٧٩/٢. كشف الاسرار مع البزدوي ٦٩/٢ فما بعدها.

ضرورة من غير استدلال ونظر فهو بمنزلة العلم الحاصل بالتواتر. ونوقش بأنه لو كان ضروريا لما وقع فيه الخلاف،

واستدل داود الظاهري ومن وافقه على أنه يوجب علماً استدالياً بأنه لو لم يفد العلم النظري لما وجب العلم به، لكن العمل به واجب قطعاً فيكون مفيداً للعلم النظري .

الترجيح:

والراجع في نظري: هو أن خبر الواحد حجة يوجب العمل به فيما يدل عليه من الأحكام العملية ولا يُستدل به في الأمور الاعتقادية، لأنه يُفيد الظن والظن في الاعتقادات لا يُفني عن الحق شيئاً.

وإن أقرب دليل يتمسك به في هذه المسألة ويكون بعيداً عن كل نقاش هو إجماع الصحابة (رضي الله عنهم) على العمل بخبر الواحد وقد نقل عنهم من الوقائع المختلفة الخارجة عن الحد والمصر ما ثبت اتفاقهم على العمل بخبر الواحد ووجوب العمل به فمن ذلك:

ماروي عن أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) أنه عمل بخبر المغيرة وعمر بن سلمة في ميراث الجدة أن النبي (ﷺ) أعطاهما السدس، فجعل لها السدس.

وعمل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بخبر عبد الرحمن بن عوف في أخذ الجزية من المجوس وهو قوله (ﷺ) (سنوا بهم سنة أهل الكتاب).^١

المبحث الثاني

شروط الراوي وأثرها في اختلاف الفقهاء

يشترط لقبول الحديث والعمل بموجبه توافر شروط أربعة في رواية هي: العقل والضبط والإسلام والعدالة .

١- العقل: يشترط للعمل بالخبر أن يكون راويه عاقلاً لأن الخبر الذي يرويه كلام منظوم له معنى مطوم، ولا بد من اشتراط العقل في المتكلم ليكون قوله كلاماً معتبراً والكلام المعتبر شرعاً يكون هن تمييز وبيان وهذا التمييز لا يكون إلا بالعقل^١.

٢ - الضبط: ضبط الشيء لغة^٢: حفظه بالحزم ومنه الاضبط الذي أريد به حفظ الشيء. يبذل المجهود له، ثم الثبات عليه، بمحافظته حدوده ومراقبته بمذاكرته على أساءة الظن بنفسه^٣ إلى حين ادائه^٤ وهو نوعان:

أ. ضبط المتن بصيغته ومعناه لغة: أي ضبط نفس الحديث ولفظه من غير تحريف وتصحيح مع معرفة معناه اللغوي.

ب. أن يضم إلى ما ذكر ضبط معناه فلقها وشرعية مثل أن يعلم أن حرمة القضاء في قوله (لا يقضى القاضي وهو غضبان)^٥ متعلقة بشغل القلب. وضبط الحديث بمعناه اللغوي والشرعي أكمل النوعين والذي يعتبر شرطاً هو الضبط الكامل لا الناقص.

^١ أصول السرخسي ٣٤٦/١ شمس الأصول للسالمي ٣١/٢.

^٢ شرح تنقيح الفصول للقراني ص ٣٥٨ شمس الأصول ٣١/٢.

^٣ أي لا يعتمد على نفسه بأنه لا ينسأ ولا يسامح في ضبط الحديث بل يسيء الظن بنفسه ويذكره دائماً.

^٤ راجع البزدوي مع الكشف ٧١٦/٢ شمس الأصول ٣١/٢.

^٥ حديث أبي بكره رواه الجماعة راجع صحيح البخاري ٦٥/٩ مسلم ٦٢/٢ لسنن الكبرى ١٠/١٤ وفي روايه لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان. متفق عليه. سبل السلام ١٢٠/٤.

٣- الإسلام: لا خلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهاء في أن رواية الكافر لا تقبل لأنه في الدين وإن كان تقبل شهادته بعضهم على بعض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يخالف في رد روايته^١ ولكن يجوز أن يحتل نجل الكافر الحديث ثم يرويه بعد إسلامه وبلوغه عند الجمهور^٢.

٤- العدالة: هي لغة: الاستقامة سواء كانت في الدين أو لا، فيقال طريق عدل للجمادة^٣ والعدالة المعتبرة شرطاً للراوي هي عبارة عن رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة حتى إذا ارتكب كبيرة أو أصّر على صغيرة سقطت عدالته لأنه صار متهما بالكذب.

ولا خلاف في أنه لا يشترط العصمة من جميع المعاصي، وكذا لا خلاف في أنه لا يكفي اجتناب الكبائر بل يجب عدم الإصرار على الصفات، ولكن اختلفوا في العمل بمنزلة المجهول: وهو إما أن يكون مجهول العدالة ظاهراً وباطناً فروايتة غير مقبولة عند الجمهور أو جهلت عدالته الباطنة وهو ما يسمى المستور عند البعض، فقبل روايته بعض دون بعض، أو جهل عينه وشخصه وقد يقبل رواية مجهول العدالة من لا يقبل رواية مجهول العين، والمجهول عند الحنفية من لم يعرف إلا برواية حديث أو حديثين^٤.

آراء العلماء في العمل بمنزلة المجهول:

أ- ذهب الشافعي ومن وافقه إلى عدم العمل بمنزلة المجهول للأسباب الآتية:

١- إن معرفته بالحديث الذي رواه وثبت ذلك مبني على معرفة عدالته وهي غير معلومة.

٢- الفاسق مردود الشهادته والروايه بنص القرآن ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ

^١ راجع المستصفي ص ١٨٢.

^٢ شرح تنقيح الفصول ص ٣٥٩.

^٣ فتح الغفار يشرح المنار ٨٧/٢.

^٤ قال صدر الشريعة: الراوي إما معروف بالرواية وإما مجهول أي لم يعرف إلا بحديث أو حديثين، والمعروف إما أن يكون معروفاً بالفقه والاجتهاد كالأخفاء الراشدين والعبادلة، فحديثه يقبل وافق القياس أو خالفه، أو بالرواية فقط كابن حريرة وأنس فان وافق القياس قبل وكذا إن خالف قياساً ووافق قياساً آخر لكنه خالف جميع الأقيسة لا يقبل عندنا، راجع شرح التوضيح على التنقيح مع الحواشي ٢٥٠-٢٥١/٢.

فَتَيَّنُوا الْإِلَايَةَ. ^(١)

٣- لا تقبل شهادته فكذاك روايته.

٤- المفتي الذي لا يدري انه بلغ رتبة الاجتهاد ام لا، لا يجوز للعامي قبول قوله بالاتفاق، وكذا اذا لم يدري انه عالم ام لا او لم تعرف عدالته وفسقه، فاي فرق بين حكاية المفتي عن نفسه اجتهاده وبين حكايته خبرا عن غيره.

٥- عمل الصحابة: وقد ردوا خبر المجهول، فرد عمر خبر فاطمة بنت قيس، ورد على خبر الاشجعي، ومن رد قول المجهول منهم كان لا ينكر عليه فكانوا بين راد وساكت وبمثله ظهر اجتماعهم في قبول العدل دون غيره.

٦- كان الرسول (ﷺ) يطلب العدالة والعفاف وصدق النفوس ممن كان ينفذه للأعمال وأداء الرسالة ^٢.

٧- ويؤخذ من كلام القراني ان ماذهب اليه الشافعي رحمه الله هو رأي الجمهور من المالكية والحنابلة وغيرهم حيث قال: وقال ابو حنيفة يقبل قول المجهول وخالفه الجمهور في ذلك لقوله (ﷺ) (يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله) وهذا صيغته صيغة الخبر ومعناه الأمر، تقديره: ليحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، فلو لم تكن العدالة شرطا لبطلت حكمة هذا الأمر، فإن العدل وغيره سواء حينئذ ^٣.

ب - وقسم الحنفية المجهول الى خمسة انواع:

النوع الاول: ان روى عنه السلف صار حديثه مثل حديث المعروف بالفقه والعدالة والضبط فيقبل ويقدم على القياس لانهم كانوا اهل فقه وضبط وتقوى، ولم يتهموا بالتقصير في امر الدين وكانوا لا يقبلون الحديث حتى يصح عندهم انه مروي عن رسول الله (ﷺ).

وقال السرخسي: اما ان يكون قبولهم لعلمهم بعدالته وحسن ضبطه، أو لأنه موافق لما عندهم مما سمعوا من رسول الله (ﷺ) او من بعض المشهورين يروى

^١ المجرات : ٦

^٢ راجع المستصفي للغزالي ص ١٨٣-١٨٤.

^٣ راجع شرح تنقيح الفصل للقراني ص ٣٦٤.

عنه^١. قال صدر الشريعة: "فإن روى السلف وشهدوا بصحة الحديث صار مثل المعروف بالرواية"^٢. وقال عبد العزيز البخاري: "لا خلاف في أن هذا النوع مقبول روايته"^٣.

النوع الثاني: أن سكتوا عن الرد والظن بعد أن بلغهم رواية خبر المجهول فهو مقبول أيضاً لأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان فالحاجة داعية إلى بيان البطلان إن كان باطلاً فكان سكوتهم عن الرد دليل التقرير بمنزلة ما لو قبلوه، ورووا عنه إذا لم يكن كذلك لتطرق نسبة التصحيح إليهم وأنهم لم يهتموا بذلك. قال السرخسي: "أن السكوت بعد تحقق الحاجة لا يدل على وجه الرضا بالمسموع فكان سكوتهم عن الرد دليل التقرير بمنزلة ما قبلوه ورووا عنه"^٤. وقال عبد العزيز البخاري: "وينبغي أن يكون هذا القسم أيضاً مقبولا بلا خلاف لأنه لا يظن بهم السكوت عند معرفة بطلانه"^٥. وقال ابن نجيم: "فإذا سكتوا كان ذلك بيان أنه مقبول فصار المجهول كالراوي المعلوم"^٦.

النوع الثالث: إذا ردوا عليه روايته ولم يتلفوا في ذلك فإنه لا يجوز العمل براويته لأنهم كانوا لا يهتمون برد الحديث الثابت عن الرسول الله (ﷺ)، ولا بترك العمل به ويترجح الرأي بخلافه عليه، فاتفقهم على الرد دليل على أنهم كذبوه في هذه الرواية وعلموا أن ذلك وهم منه.

النوع الرابع: هو من لم يشتهر حديثه عندهم ولم يعارضوه بالرد، فإن العمل به لا يجب، لأنه لم تشتهر روايته عند أهل السلف فمكنت تهمة الوهم في حديثه، ولكن يجوز العمل به إذا وافق القياس لأنه كان في الصدر الأول، فالعدالة ثابتة باعتبار الظاهر، فباعتباره يترجح جانب الصدق في خبره^٧.

^١ أصول السرخسي ١/٣٤٢.

^٢ شرح التوضيح على التنقيح ٢/٢٥٤.

^٣ كشف الأسرار مع البيزودي ٢/٧٠٢.

^٤ أصول السرخسي ١/٣٤٢.

^٥ كشف الأسرار مع البيزودي ٢/٧٠٦.

^٦ مشكاة الأنوار في أصول المنار ٢/٨٣.

^٧ أصول السرخسي ٢/٧٠٧ فما بعدها، الكشف مع البيزودي ١/٣٤٣-٣٤٤.

قال صدر الشريعة: "يؤز العمل به في زمن أبي حنيفة رحمه الله إذا وافق القياس لأن الصدق في ذلك الزمان غالب، أما بعد القرن الثالث فلا، لغلبة الكذب".
فلهذا صح عنده القضاء بظاهر العدالة وعندهما لا، فهذا لإختلاف العهد.^١
التنوع الخامس: هو أن يختلف في الأخذ بحديثه مع نقل الثقة عنه بأن يعمل به البعض كحديث بروغ، رده علي بن أبي طالب وأخذ به ابن مسعود فاختلف الفقهاء في العمل بهذا النوع:

فذهب الشافعي رحمه الله ومن وافقه إلى عدم العمل به لما يراه من أن خير المجهول مردود بكل حل للأدلة التي سبق ذكرها.
وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى العمل بخبر هذا النوع من المجهول إن نقل عنه الثقات ووافق القياس أي إذا توافر هذان الشرطان.
واستدلوا بأدلة منها:

١. إن العدالة في القرون الثلاثة الأولى كانت أصلاً بخبر الرسول (ﷺ) (خير القرون قرني الذي أنا فيهم ثم الذي يلونهم ثم الذي يلونهم ثم يفسو الكذب).^٢
٢. لأن النبي قبل شهادة الأعرابي في رؤية الهلال من غير تفحص عن عدالته، وإنما تفحص عن إسلامه فقط، فقال: حين أخبر عن رؤية الهلال: (أتشهد أن لا إله إلا الله؟) قال: نعم قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم... فأمر بلالاً أن يؤذن في الناس بالصوم. قال عبد العزيز البخاري: (وهذا يرد تأويل من قال: انه (ﷺ) عرف عدالته أصلاً بالوحي أو بالخبر، لانه: لم يكن عالماً بإسلامه فكيف بعدالته؟)
٣. أجابوا عن استدلال الشافعية برد بعض الصحابة خبر المجهول بأنه كان مبنياً على عوارض أخرى دعت إلى تردد الصحابة في الأخذ بذلك.^٣

^١ عند صاحبه.

^٢ شرح التوضيح على التنقيح ٢/٢٥٥.

^٣ شرح التوضيح على التنقيح ٢/٢٥٥ الكشف مع البزدوي ٢/٧٠٦.

^٤ المرجع السابق.

^٥ المرجع السابق.

وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في مسائل فقهية منها: إختلاف الفقهاء في وجوب المهر للمتوفي عنها زوجها قبل الدخول وقبل الفرض (تحديد المهر) ومنشأ هذا الخلاف هو ما روى عن علقمة عن ابن مسعود (رضي الله عنه) أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله (ﷺ) في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت ففرج بها ابن مسعود.^١

وعمل ابن مسعود هذا كان بالرأي إذ لما عرضت عليه المسألة قبل أن يصله الحديث تردد في بادئ الأمر أن يفتد برأيه بعد أن لم يجد نصاً فيها وبعد فترة قال: اجتهد فيه برأي فإن يك صواباً فمن الله وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد أرى أن لها مهر نساءها لا وكس ولا شطط، ولما سمع الحديث من معقل بن سنان الأشجعي وأبي فرجاً شديداً عندما علم أن قضاءه وافق قضاء رسول الله (ﷺ).

غير أن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) رد هذا الحديث وقال: ما تصنع بقول أعرابي سवाल على عقيبه حسبها الميراث ولا مهر لها.

وبعد أن اختلف الصحابة في قبول هذا الخبر اختلف الفقهاء في العمل به ذهب أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحابه والشافعي في أحد قوليه ومن وافقهم إلى العمل بالحديث وإلى أن كل امرأة في نظير هذا المسألة وفي ظروفها تستحق مهر مثلها ولها الميراث وتجب عليها العدة وبه قال ابن مسعود كما سبق وأهل الكوفة وأبن شعبة وابن أبي ليلى والثوري.^٢

وحجتهم في ذلك: أن ابن مسعود من الثقة أخذ به ولأنه موافق للقياس في نظرهم لأن الأصل عندهم أن المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالموت كما يتأكد بالوطء لأن بالموت ينتهي النكاح الذي هو عقد العمر والشئ إذا انتهى يقرّر، فيكون بمثابة تسليم المعقود

^١ رواه أحمد والأربعة وصححه الترمذي وحسنة جماعة، سبل السلام ١٩٧/٢-١٩٨. الكس بفتح الواو وسكون الكاف هو النقص والشطط بفتح الشين هو الجور أي لا ينقص من مهر نساءها ولا يمار على الزوج بزيادة مهرها على نساءها.

^٢ راجع سبل السلام المرجع السابق كشف الأسرار مع البزدوي ٧٠٦/٢ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة مع الحواشي ٢٥٥/٢ التحرير مع التقرير والتحبير ٢٥٠/٢.

عليه وهو الوطء ولهذا وجب العدة كما يجب تمام مهر المثل، فإذا كان حديث معقل موافقاً لهذا القياس وجب العمل به.

وذهب مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه والشيعة الامامية والهادوية إلى أنها لا تستحق إلا المهرات وهو رأي علي بن أبي طالب كما سبق وبه أخذ ابن عباس وابن عمر وزيد وربيعة لأنه إلى جانب كونه خبر المجهول فإنه مخالف للقياس لأن الأصل عندهم أن المهر لا يجب إلا بالفرض والتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه فإذا لم يوجد واحد منها إلى أن مات الزوج لا يجب شيء. لأن المعقود عليه رجع سالماً فكان بمنزلة ما لو طلقها قبل الدخول وبمنزلة هلاك المبيع قبل القبض وإذا كان كذلك وجب رد هذا الحديث وعدم العمل به وقال الشافعي رحمه الله لا أحفظ هذا الحديث من وجه يشبه مثله ولو ثبت حديث بروع لقلت به.^١

ويعد هذا العرض الموجز يبدو لنا أن رأي الحنفية في تحليلهم العلمي للمجهول وأنواعه أرجح وأقرب إلى الواقع والمنطق، لأنهم لم يأخذوا برواية المجهول مطلقاً ولم يرفضوا ذلك أيضاً مطلقاً، بل قاموا ببيان وإيضاح المواطن التي يجب أن يعمل فيها بخبر الواحد إذا كان الراوي مجهولاً والحالات التي يجب أن يترك فيها الأخذ به مع قوة أدلتهم.

^١ راجع كشف الأسرار مع البرزوي ٧٠٧/٢ سبل السلام ١٤٩/٣ الخلاف للطوسي المرجع السابق، وروى عن الشافعي أنه رجع بمصر عن قوله وأخذ بمديث بروع.

المبحث الثالث

شروط العمل بخبر الواحد

وأثرها في إختلاف الفقهاء

الأئمة المجتهدون وأتباعهم لم تتفق مناهجهم في الاعتداد وإيجاب العمل بخبر الواحد المتصل الإسناد فقد كانوا في الاعتداد به بين مضيق وموسع تبعاً للبيئة التي عاشوا فيها: فقد تأثر أبو حنيفة رحمه الله ببيئة العراق التي ظهر فيها انشقاق المسلمين وإنقسامهم إلى طوائف وابتدت فيها العداوة الدينية من تستروا بالإسلام كعبدالله بن سبأ اليهودي، وأمثاله، وأخفوا رواء التشيع أغراضهم الدينية وتذرعوا بإظهار حب آل البيت فأبدعوا في وضع الأحاديث لكي يندسوا على المسلمين كما أرادوا به أن يطفنوا نور الله ويأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون، كما نشأ في هذه البيئة التعصب المذهبي وترعرع حتى إن بعض الفرق الدينية الإسلامية كان يدفعها غلوها في تأييد ما تذهب إليه إلى وضع أحاديث تشهد بصحة ماترى. وقل مثل ذلك في متابعة بعض من كانوا يتسمون بسمه العلم لهوى الأمراء والخلفاء يضمنون لهم ما يعجبهم رغبة فيما أيديهم.

وكذلك تساهل بعضهم في باب الفضائل والترغيب والترهيب وغير ذلك من العوامل التي دفعت الناس إلى أن يستهينوا بوضع الحديث حتى استجاز بعض أن ينسبوا إلى النبي (ﷺ) كل ما هو حق ولو كان من كلام الفلاسفة والحكماء..

فليس غريباً على أبي حنيفة رحمه الله أن يتخذوا دائرة ضيقة لمجال العمل بخبر الواحد وأن يضعوا شروطاً للعمل به قد تسمى بالشروط القاسية من لم يطلع تفصيلاً على الظروف والبيئة التي عاش فيها أبو حنيفة وعلماءه رحمهم الله.

وعاش الإمام مالك رحمه الله في مهد الوحي في مدينة رسول الله (ﷺ) وتأثر بهذه البيئة المقدسة إلى درجة أن قال لا يجب العمل بخبر الواحد إذا خالف عمل أهل المدينة لأنهم عاصروا التنزيل وشاهدوا أعمال الرسول وأعمالهم أقوى في الاعتبار من خبر الواحد إذ أن أعمالهم تسليوي خبر جماعة عن الرسول وما كان كذلك من الأعمال فهو أقوى حجة من خبر الواحد. بينما نرى أن الشافعي رحمه الله والإمام أحمد رحمه الله وأمثاله لم يتأثروا بما تأثر

به أبو حنيفة ومالك وأصحابهما فلذا قالوا: إن خبر الواحد إذا صح سنده واتصاله يجب العمل به دون اعتبار أي شرط آخر.

ولهذه الاعتبارات وغيرها اختلف الفقهاء في شروط العمل بخبر الواحد وكان لهذا الاختلاف تأثير ملموس في اختلاف الأحكام الفقهية كما يتضح ذلك في عرضنا الآتي لشروط العمل بخبر الواحد ولبعض المسائل التطبيقية الخلافية ضمن مطلبين.

المطلب الأول

شروط الحنفية للعمل بالخبر الواحد

إشترط فقهاء الحنفية لوجوب العمل بخبر الواحد شروطاً أهمها: ألا يكون مخالفاً للقياس، ألا يكون وارداً فيما تعم به البلوى، وألا يعارضه دليل أقوى من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة، وألا يعمل الراوي بخلاف ما رآه.

الشرط الأول: ألا يكون خبر الواحد مخالفاً للقياس إذا كان الراوي غير فقيه وتوضيح ذلك: أن الحنفية قالوا: ينقسم الراوي باعتبار قبول روايته وردها إلى معروف بالرواية وبجهول بها، وقد بينا في المبحث السابق حكم خبر المجهول، أما المعروف فهو نوعان: معروف بالفقه والفتيا وغير معروف بذلك. والمعروف بالفقه والفتيا من الصحابة هم الخلفاء الراشدون والعبادة وزيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل، وأبو موسى الأشعري، وعائشة رضي الله عنها^١ وغيرهم من المشهورين بالفقه من الصحابة كذلك التابعون منهم الفقهاء.... ومنهم غير المعروفين بالفقه.

وقد اتفقت كلمة عامة علماء المسلمين من الحنفية وغيرهم على أن كل خبر إذا ثبت أنه مروي من أحد هؤلاء أو أكثر يجب العمل به سواء كان موافقاً للقياس أو مخالفاً له ويعتبر حجة في الأحكام الشرعية فإن وافق القياس تأييد به ومن خالفه يعمل

^١ أي عبدالله بن مسعود، وعبدالله بن عباس، وعبدالله بن عمر هذا على التفسير الذي ذهب إليه صدر الشريعة في التوضيح وقال القرني: والمشهور عند الحديث أن العبادة المطلقة تنصرف إلى أربعة وليس ابن مسعود (رضي الله عنه) منهم، ثم قال: نقلاً عن الإمام النووي في تهذيب الأسماء واللغات إن عبد الله بن الزبير هو أحد العبادة الأربعة وهم: عبدالله بن عمر، عبدالله بن عباس، عبدالله بن الزبير، وعبدالله بن عمرو بن العاص، هكذا قال أحمد بن حنبل وسائر الحديث. راجع حاشية الفندي على التلويح على التوضيح ٢٥٠/٢

بالحديث لا بالقياس^١.

وأما غير المعروفين بالفقه والاجتهاد من الصحابة كأبي هريرة وأنس بن مالك وسلمان الفارسي، وبلال الحبشي وغيرهم فإن عيسى بن أبان من علماء الحنفية ذهب إلى تقديم القياس على الخبر الذي يرويه هؤلاء واختار هذا الرأي القاضي أبو زيد الدبوسي وتابعه أكثر المتأخرين من الحنفية^٢. واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة منها:

١. اشتهر من الصحابة الأخذ بالقياس ورد خبر الواحد، من ذلك:

أن ابن عباس لما سمع أبا هريرة يروي التوضأ مما مسته النار قال: لو توضأت بماء ساخن أكننت تتوضأ منه^٣.

ولما سمعه يروي: من حمل جنازة فليتوضأ، قال أتلتزمتا الوضوء في حمل عيدين يابسة^٤.

وردة علي بن أبي طالب رضي الله عنه: حديث بروع بالقياس كما سبق.

وردة عمر بن الخطاب: حديث فاطمة بنت قيس.

وردة إبراهيم النخعي أو الشعبي ما يروى (أن ولد الزنى هو شر الثلاثة) وقال: لو كان ولد الزنى شر الثلاثة، لما انتظر بأمه في تنفيذ العقوبة عليها إلى أن تضع حملها. وهذا منه نوع قياس^٥.

ويناقش هذا الدليل بأن رد الصحابة لبعض الأحاديث كان لمعان عارضة وليس لأن القياس عندهم مقدم على خبر الواحد....

٢. قالوا: القياس حجة بإجماع السلف من الصحابة وفي اتصال خبر الواحد إلى النبي

^١ راجع كشف مع البزودي ٦٩٨/٢ شرح التوضيح على التنقيح مع حواشيه ٢٥٠/٢ فتح الغفار بشرح المنار ٨٠/٢

^٢ كشف الاسرار مع البزودي ٧٠٣/٢.

^٣ ورد هذا الحديث بألفاظ أخرى من طرق متعددة مع ما يعارضه أو يعتبر ناسخاً أو مخصصاً له راجع صحيح مسلم ١٥٤/١ سنن أبي داود ٤٨/١ نيل الأوطار ٢٤٥/١ فما بعدها.

^٤ قال بان حجر العسقلاني حديث ابن عمر عند عبدالله بن أحمد (كنا نغسل الميت فمنا من يغتسل منا من لا يغتسل) إسناده صحيح وأما قوله (ومن حمله فليتوضأ) فلا أعلم قائلًا يقول بأنه يجب الوضوء من حمل الميت ولا يندب. بلوغ المرام مع سبل السلام ٦٩/٢-٧٠.

^٥ راجع كشف الاسرار مع البزودي ٦٩٨/٢.

وقيل أيضاً خد الضحالة في توريث المرأة من دية زوجها وكان القياس خلاف ذلك، لأن الميراث إنما يشبه فيما كان يملكه المورث والزوج لا يملك الدية قبل الموت لأنها تموت بعد الموت.

ومعلوم أن كلا من حمل والضحالة لم يكونا من فقهاء الصحابة. وتولد ابن عمر (رضي الله عنه) وأباه في المزاوعة بالحديث الذي سمعه من رافع بن خديج وهو مسلم يكنى فقيهاً^١. ونقض عمر بن عبد العزيز ما حكم من رد الغلة للمبايع عند الرد بالصبي بما روى عن النسي (رضي الله عنه) (الخراج بالضمان)^٢.

٢. الأصل في الخبر هو اليقين لأن قول الرسول (ﷺ) لا احتمال للخطأ وإنما هو بعارض النطق وظل الواسطة واحتمال الغلط والنسيان فكان الإحتمال فيه عارضاً والأصل في الرأي الإحتمال وعدم اليقين لأن الوقوف على الوصف الذي هو مناط الحكم لا يتحقق بطريق اليقين إلا بالنص والإجماع وذلك أمر عارض. والإحتمال الأصلي أقوى من الإحتمال العارض كما أن اليقين الأصلي أقوى من اليقين العارض. وبناء على ذلك يجب العمل بغير الواحد وتقديمه على القياس إذا خالفه وإن لم يكن الراي فقيهاً^٣.

٣. الوصف الذي عينه المجتهد لتعليق الحكم به بمنزلة الخبر من حيث أن الحكم يضاف إليه كالخبر والوقوف على تأييده بمثابة سماع الخبر من الراي الوصف ساكت عن إثبات المدعي نصاً لأن القياس إنما جعله شاهداً على الحكم بضرب إشارة من الشارع والخبر نفسه ناطق بالحكم فكان أقوى من الوصف في إظهار الحكم وإثباته والصلح فوق الرأي في الإصالة إذ لا مدخل للإحتمال فيه لأنه ثابت حساً والفظ لا يجري في المحسوسات بخلاف الرأي فعليه لا يجوز تركه القوي بالصغير.

حمل بن النابغة: كنت بين امرأتين فضربت أحدهما الأخرى. الحديث صححه ابن حبان والحاكم سبل السلام. ٢٣٨/٣-٢٣٩ العدد ٣٢٥/٤

^١ عن رافع بن خديج قال كنا أكثر الأنصار حقلًا وكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه وما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فبناها عن ذلك فأما بالورق فلم ينهانا العدد ١٤١/٤-١٤٢.

^٢ روى بهذا اللفظ والمعنى من طرق عديدة راجع نيل الإطوار/ ٢٤٠ معالم السنن ١٤٧/٣.

^٣ كشاف مع أصول بالزودي ٦٩٨/٢ فما بعدها.

الترجيح:

الراجع من وجهة نظري هو ما ذهب إليه الجمهور من تقديم خبر الواحد على القياس إذا كان رواية معروفة بالرواية وتوافرت فيه الشروط، سواء كان معروفاً بالفقهاء أم لا وذلك لقوة أدلة الجمهور وضعف أدلة المعارضين وعدم تبين ذلك في مناقشتها ولأن القول بالتفريق بين المعروف بالفقهاء والاجتهاد يحسن فيه قول مستحدث كما أشار إليه صاحب كشف الأسرار.^١

وكان للإختلاف في اشتراط عدم مخالفة خبر الواحد للقياس إذا لم يكن الراوي قطعياً أثره الملموس في إختلاف الفقهاء في بعض الأحكام الفقهية منها الإختلاف في حكم بيع المصراة:

وقد رويت هذه أحاديث متقاربة المعاني في هذه المسألة^٢ منها: ما روى أبو هريرة أن النبي (ﷺ) قال لا تصروا^٣ الإبل ولا الغنم فمن ابتاعها فهو بحسب النظرين^٤ بعد أن يملأها ثلاثاً إن رخصتها أمسكها وإن سخطها ردّها^٥ ردها^٦ معها صاعاً من تمر، متفق عليه. ولمسلم^٧ فهو بالخيار ثلاثة أيام^٨ واختلفت آراء الفقهاء في هذا الحكم على أقوال أهمها ثلاثة:

الأول: الأخذ بحديث أبي هريرة بإيجابات الخيار للمشتري في رد المصراة أو إمساكها وهو مذهب الجمهور من الصحابة والتابعين^٩ وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية وأبو يوسف من الحنفية على ما في شرح الطحاوي نقلاً عنه في بعض أماليه، لكن المعروف عن أبي يوسف أنه لم يخترع عن مذهب الحنفية في هذه المسألة.

^١ كشف الأسرار مع البدوي ٧٠٣/٢.

^٢ ومنها عن ابن مسعود (رضي الله عنه) قال (ﷺ): من اشترى شاة عطلة فردها فليده معها صاعاً رواه البخاري. سبل السلام ٢٧/٣.

^٣ سبل السلام ٢٧/٣.

^٤ أي الرأيين: رأى لنفسه بالاختيار والإمساك ورأى للبايع بالرد والفسخ.

^٥ أي من أبي هريرة.

^٦ سبل السلام ٢٦/٣.

^٧ المرجع السابق.

وقد اتفق هؤلاء العلماء على العمل بحديث أبي هريرة مع اختلافهم في العمل الآتي:

قال المالكية له أن يرد الحيوان إن حلبه مع صاع من غالب القوت لأهل البلد أي ليس المراد خصوص التمر ولا يجوز رد اللبن بدلاً من الصاع ولو تراضيا لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه لأن الشارع أوجب عليه رد الصاع عوضاً عن اللبن.^١

واختلف أصحاب الشافعي: فقال أبو العباس ابن سريج يرد في كل بلد من غالب قوته وهذا يتفق مع المالكية، وقال أبو أسحاق المروزي الصاع من التمر هو الأصل فينظر على الحنطة فإن كانت أعلى منه جاز وإن كانت دونه لم يحز وإن كان في موضع لا يوجد التمر وجبت قيمة الصاع من التمر وكذا إذا كان ثمنه يأتي على ثمن الشاة أو أكثر ومنهم من قال: التمر هو الواجب أو البر الذي هو عوضه.^٢

وقال الشيعة الإمامية: لا يجوز العدول من الصاع والبر إلى غيرهما لإجماع الفرق وأخبارهم والحديث أبي هريرة.^٣

الثاني: ترد المصرة ويرد اللبن بعينه إن كان باقياً أو مثله إن كان تالفاً أو قيمته يوم الرد حيث لم يوجد المثل وهو مذهب الهادوية^٤ قالوا: لقد تقرر أن ضمان المتلف إن كان مثلياً فالمثل وإن كان قيمياً فبالقيمة. واللبن إن كان مثلياً ضمن بمثله وإن كان قيمياً قوّم بأحد النقيدين وضمن بذلك فكيف يضمن بالتمر أو الطعام؟ ولأنه كان الواجب أن يتلف الضمان بقدر اللبن ولا يقدر بصاع قل أو أكثر.

الثالث: مذهب الحنفية: وهو أنهم خالفوا في أصل المسألة وقالوا: لا يرد المبيع بعيب التصرية فلا يجب رد الصاع من التمر واعتذروا عن العمل بالحديث بأعذار كثيرة: فقال عيسى بن أبان، وتبعه الدبوسي وأكثر المتأخرين من

^١ بلغة السالك ٥٣/٢.

^٢ المذهب للشيرازي ٢٨٢/١ فما بعدها.

^٣ الخلاف للطوسي ٥٥٠/١ فما بعدها.

^٤ سبل السلام ٢٦/٣.

الحنفية، إن الحديث مخالف للقياس وراويه وهو أبو هريرة ليس فقيهاً فيترك العمل به ويؤخذ بالقياس، واعتذر البقية من علماء الحنفية بأن الحديث مخالف للكتاب والسنة المشهورة.

وقالوا: في وجه مخالفته للقياس أن هذا الحديث مخالف لقياس الأصول من جهات منها:

١. أن ضمان المثليات بالمثل وضمان المتقومان بالقيمة: فاللبن إن كان مثلياً فضمانه بمثله وإن كان قيمياً فضمانه بمثله قيمة، وضمان الصاع من التمر خارج عن الأصلين.

٢. إن الضمان يكون مقدراً بقدر التلف قلة وكثرة وهذا مقدّر بمقدار صاع.

٣. إن ما أُلِف من اللبن إن كان موجوداً عند فقد ذهاب جزء من المعقود عليه وذلك مانع من الرد كما لو ذهب بعض أعضاء المبيع ثم ظهر عيب، فإنه يمتنع الرد وإن كان حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه. وكذا الإختلاط يمنع الرد.

٤. الحديث أثبت الرد من غير عيب ولا شرط لأن نقصان اللبن لو كان عيباً لثبت به الرد من غير نصرية ولا يثبت الرد في الشرع إلا بعيب أو شرط ولهذا لم يعمل به مالك في أحد قوليه.^١

وقالوا: ولمخالفة حديث المصراة لقياس الأصول من هذه الوجوه وغيرها يجب إما ردها أو تأويلها، ولو بعيداً، بأن المحصومة كانت في شاة محفلة^٢ فندب النبي (ﷺ) البائع إلى الاسترداد صلحاً لا حكماً فأبى بعله اللبن في ثلاثة أيام فزاد النبي (ﷺ) بذلك صاعاً من تمر فقبل البائع الشاة والتمر ورد الثمن صلحاً لا حكماً، فظن الراوي أنه كان حكماً وكانوا يستجيزون نقل الخبر بما عندهم من المعنى فنقل على ما ظن بعبارته.^٣

ويلاحظ أن شرط فقه الراوي ليس عليه من علماء الحنفية كما سبق. وقد بين عبد العزيز البخاري: أنه مذهب عيسى بن أبان واختاره القاضي الإمام أبو

^١ راجع حاشية المرجاني على التوضيح بشرح التنقيح ٧٤/٣ فما بعدها.

^٢ المحفلة: المصراة.

^٣ كشف الأسرار مع البزدوي ٧٠٢/٢ فتح الغفار بشرح المنار ٨١/٢-٨٢.

زيد الدبوسي وخرج عليه حديث المصرة وخبر العرايا وتابعه أكثر المتأخرين، وأما عند الشيخ أبي الحسن الكرخي ومن تابعه من فقهاء الحنفية فإن فقه الراوي ليس شرطاً لتقديم خبره على القياس بل يقبل خبر كل عدل ضابط إذا لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة ويقدم على القياس وقال أبو اليسر وإليه مال أكثر العلماء.^١

لأن التغير من الراوي بعد ثبوت عدالته وضبطه موهوم والظاهر أنه يروى كما سمع ولو غير لغيره على وجه لا يتغير به المعنى وهذا هو الظاهر من أحوال الصحابة والرواة والعدول.

ونقل عن أبي يوسف رحمه الله في بعض أماليه أنه أخذ بحديث المصرة وأثبت الخيار للمشتري.^٢

وقد ثبت عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال (ما جاءنا عن الله وعن رسوله فعلى الرأس والعين) وإلى جانب ذلك فإنه لم ينقل عن أحد من السلف اشتراط فقه الراوي فكان هذا مستحدثاً.

وأما اتفاقهم على عدم الأخذ بحديث المصرة - باستثناء ما نسب إلى أبي يوسف - فلأنهم قالوا: أنه حديث مخالف للكتاب والسنة المشهورة الموجبين للعمل بالقياس في بيع المصرة^٣ لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل بموجب قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ وقوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^٤ وفيما لا مثل له مقدر بالقيمة بمقتضى الحديث المشهور وهو قوله (ﷺ) ((من أعتق شقصاً له في عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً))^٥ ولحديث (الحراج

^١ كشف الأسرار مع البزدوي ٧٠٣/٢.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

^٤ البقرة/١٩٤.

^٥ النحل / ١٢٦.

^٦ عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (ﷺ) من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عبد فأعطى شركائه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق ما عتق متفق

بالضمان) وقد انعقد الإجماع أيضاً على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد.^١

التجميع:

والراجع في نظري هو ماذهب اليه الجمهور لوجوه منها:

١. أن أبا هريرة كان فقيهاً، ولم يعدم شيئاً من أسباب الاجتهاد وقد كان يفتي في زمانه الصحابة، وما كان يفتي في ذلك الزمان إلا فقيه مجتهد وكان من عليه أصحاب رسول الله (ﷺ) وقد دعا النبي له بالحفظ فاستجاب الله له فيه حتى انتشر في العالم ذكره وحديثه.
٢. أن القياس تضمن العموم في جميع المتلفات وهذا خاص والخاص مقدم على العام.

٣. إن هذا الحديث أصل مستقل برأسه ولا يقال أنه خالف قياس الأصول.
٤. ويرد ما استدلل به الحنفية بأن النقص إنما يمنع الرد إذا لم يكن لاستعلاء العيب وهو هنا لاستعلاء العيب، وبأن تحديد مدة الخيار في هذه المسألة كان لأنه لا يتبين منه حكم التصرية في الأغلب إلا بهذه المدة التي انفردت بها بخلاف غيرها، وبأن المشتري لما رأى ضرعها مملوءاً فكأن البائع شرط له أن ذلك عادة لها فكان في حكم خيار الشرط من حيث المعنى والعمل بمقتضى الشرط الضمني له نظائر كثيرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الشرط الثاني: للعمل بغير الواحد عند الحنفية هو ألا يكون وارداً فيما تعم به البلوى
قالوا: لأن روايته بطريق الآحاد مع ذلك مما يضعف الحديث إذ أن الأمور التي تتكرر
فيما قس الحاجة إليها مما تتوافر الدواعي على نقلها برواية التواتر أو الشهرة لا

عليه، سبل السلام ١٣٩/٤ وراوه الجماعة عن ابي هريرة (رضي الله عنه) أيضاً راجع فتح الباري ٧٧/٦، ٨٢
نصب الرابة ٢٨٢/٣ نيل الأوطار ٧٣/٧.

١ راجع التقرير والتحيد مع التحرير ٢٥٠/١ كشف الأسرار مع اليزدي ٧١١/٢ فتح الغفار ٨٢/٢.
٢ أي يحتاج الخاص العام إلى معرفته للعمل به فعدم شهرته أو عدم تواتره غريب إذ صاحب الشرع كان مأموراً بأن يبين للناس ما يحتاجونه إليه فإذا كانت الحادثة مما تعم به البلوى فالظاهر أن صاحب الشرع لم يترك بيان ذلك للكافة فحين لم يشتهر النقل عرفنا أنه سهو أو منسوخ، أصول السرخسي ٣٦٧/١ فما بعدها.

بطريق الأحاد، فورد الخبر أحاديّاً في مثل هذا إمارة على عدم ثبوته من الرسول (ﷺ) وذهب الجمهور إلى أن خبر الواحد إذا كان متصلّاً وتوافرت فيه شروط الراوي يجب العمل به مطلقاً سواء ورد فيما تعم به البلوى أو لا، لأن الأدلة التي تدل على حجية خبر الواحد لم تفصل بين خبر الواحد فيما تعم به البلوى وغيره. ولأن التواتر وحكم القصد والحجامة والقهقهة وإفراد الإقامة وتثنيتهما.. كل ذلك مما تعم به البلوى وقد أثبتوها^١ بخبر الواحد.

وقد كان لأشراط هذا الشرط في العمل بخبر الواحد أثره في إختلاف الفقهاء في بعض الأحكام منها الاختلاف في نقض الوضوء بمس القبل:

ومنشأ الخلاف هو الاختلاف في العمل بحديث بسرة^٢ بنت صفوان بن نوفل الأسدية كانت من المبيعات للنبي (ﷺ) روى عنها عبدالله بن عمر وغيره (أن رسول الله (ﷺ) قال: من مس ذكره فليتوضأ).^٣

ذهب الحنفية ومن وافقهم إلى الاعتذار عن العمل بهذا الحديث لأنه لو كان حكمه ثابتاً لنقله عدد كثير وذلك لتوافر الدواعي على نقله لتعلقه بأمر يتكرر في كل وقت فحيث لم ينقله سوى الواحد دل ذلك على سهو الراوي أو خطأه ولهذا قالوا: مس القبل أو الدبر لا ينقض الوضوء ولو كان بشهوة أو بباطن الكف أو بباطن الأصابع.

وذهب جمهور الفقهاء إلى العمل بحديث بسرة واستدلوا على ذلك بأن النصوص العامة أو جبت طاعة الرسول (ﷺ) ولم تفصل بين الأمور المتكررة وغيرها حتى يشترط العدد فيما يتكرر.

ثم إن العبرة بصحة الرواية لا بعدد الرواة^٤ وإن جزم العدل يفيد ظن الصدق فيجب قبوله فيما تعم به البلوى كما يقبل إذا لم تعم به البلوى، ولأن القياس يقبل فيما يعم به البلوى مع أنه أضعف من خبر الواحد فلأن يعمل بخبر الواحد كان أولى.

^١ أي الحنفية.

^٢ بضم الباء وسكون السين.

^٣ أخرجه الخمسة وصححه الترمذي وابن حبان وقال البخاري هو أصح شيء في هذا الباب وأخرجه الشافعي وأحمد وابن خزيمة والحاكم وابن الجارود وقال الدار قطني صحيح ثابت انظر سبل السلام ٦٦/١.

^٤ الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ١٩٨/١

الشرط الثالث: للعمل بخبر الواحد عند الحنفية ومن وافقهم هو إلا يعارضه دليل أقوى منه من كتاب أو سنة متواترة أو سنة مشهورة.

لأن كلا منها يفيد العلم أكثر مما يفيد خبر الواحد. بشبهة احتمال خطأ الراوي أو نسيانه أو سهوه أو كذبه وما فيه شبهة لا يعارض ما ليس فيه شبهة.

ولم ير الجمهور اشتراط هذا الشرط وذلك لجواز تخصيص عموم نصوص الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة بخبر الواحد عند التعارض وكذلك يجوز تقييد مطلقها به.

وكان لاشتراط هذا الشرط أثره في اختلاف الحنفية مع الجمهور في مسائل منها:

الاختلاف في جواز القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي في الأموال:

١. ذهب أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه وزيد بن علي بن الحسين والإمام يحيى والزهرري والنخعي وأبن شعبة ومن وافقهم إلى عدم جواز القضاء بذلك.

٢. وذهب إلى جواز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعى: جماعة من الصحابة ومنهم الخلفاء الراشدون وابن عباس وجماعة من التابعين ومنهم عمر بن عبدالعزيز

وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والأئمة الثلاثة وفقهاءهم والهادوية.

وسبب الخلاف: إختلافهم في العمل بما رواه ابن عباس (رضي الله عنه) من أن النبي (ﷺ) قضى بشاهد ويمين^١.

واعترض أبو حنيفة ومن وافقه عن العمل بهذا الحديث، لأنه خبر الواحد يعارضه الكتاب والسنة المشهورة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^٢ الآية، لأن قوله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا) أمر مجمل بينه بأن المراد هو استشهاد رجلين فإن لم يكونا فرجل وامرأتان وإذا ثبت ذلك كان خبر القضاء بالشاهد الواحد واليمين زائداً عليه لأن التفسير بعد الإجمال يحدد المراد بشكل قطعي والزيادة على النص كالنسخ - أي في نظر الحنفية - ثم إن قوله تعالى في الآية نفسها (وَأَدْنَى الْأَقْرَبَاتِ) نص على أن أدنى ما تنتفى به الريبة شهادة

^١ عن ابن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قضى بيمين وشاهد أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وقال
إسناده جيد بلوغ المرام مع سبل السلام ١٣١/٤.

^٢ البقرة ٢٨٢.

شاهدين بهذه الصفة وليس دون الأدنى شيء آخر تنتفى به الريبة، وهذا يقرر عدم العدول إلى الشاهد الواحد واليمين.

لأنه نقل الحكم من استشهاد الرجلين إلى استشهاد امرأتين ورجل واحد مع أن حضور النساء مجالس القضاء لأداء الشهادة خلاف العادة مع تمكن المدعى من إتمام حجته بيمينه.

وأخيراً إن قوله تعالى: (أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) نقل الحكم إلى استشهاد ذميين عند شاهدين مسلمين فلو كان الشاهد الواحد مع يمين المدعي حجة لكان الأولى بيان ذلك عند الحاجة، والسكوت في معرض البيان حجة الدليل على عدم جواز الأخذ بذلك.^١ أما السنة المشهورة فهي قوله (ﷺ): (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^٢ فقالوا: إن حديث القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي مخالف لهذا الحديث المشهور، لأنه جعل جميع أفراد البينة على المدعي وجميع أفراد اليمين على المنكر.

كما أنه مخالف أيضاً لقوله (ﷺ): (شاهدك أو يمينه)^٣ لأنه (ﷺ) خير المدعي بين امرين لا ثالث لهما، أما البينة ويمين المدعي عليه والتخير بين امرين يمنع تجاوزها والجمع بينهما.

وأما عمدة أدلة الجمهور: فقضاء الرسول (ﷺ) بشاهد واحد ويمين المدعي وقد ذكر ابن الجوزي عدداً ممن روى هذا الحديث وهم يزيدون على عشرين صحابياً وأصح تلك الطرق هو حديث ابن عباس الذي قال فيه الشافعي رحمه الله هذا الحديث ثابت لا يردّه أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيبه مع أن معه غيبه مما يشدّه.^٤ وروى عن أبي هريرة (رضي الله عنه) مثله وأخرجه أبو داود والترمذي وصححه ابن حبان وقال ابن حاتم في العلل عن أبيه هو صحيح.^٥

^١ انظر أصول السرخسي ٣٦٦/١ أصول الشاشي ص ٨٤.

^٢ صحيح الترمذي ٦١٧/٣

^٣ سبل السلام ١٢٩/٤ عن الأشعر بن قيس (رضي الله عنه) قال كان بيني وبين رجل خصومة في بشر فاخترنا إلى رسول الله (ﷺ) فقال (ﷺ): شاهدك أو يمينه، إحداهما الأحكام الأخرى شرح عمدة الأحكام ٤٠١/٤.

^٤ مقارنة المذاهب ص ١٢٧.

^٥ سبل السلام ١٣١/٤.

التجميع:

والراجع هو ماذهب إليه الجمهور من جواز القضاء بشاهد واحد وعين المدعي في الأموال وذلك لوجوه منها:

١. قوة حديث ابن عباس لثبوت روايته ورواية ما في معناه عن جمع غفير من أصحاب رسول الله (ﷺ) وتأييد أيضاً بالقبول من قبل جماهير الصحابة والتابعين وجمهور فقهاء المذاهب الجماعية وهو مذهب فقهاء المدينة السبعة.

٢. ما ذهب إليه الحنفية مبني على قاعدة (أن الزيادة على الكتاب نسخ ولا تثبت بخبر الواحد) مع أنه لم يظهر التزامهم بها في كثير من فروعهم المذهبية.

٣. أن الآية والحديث الذين استدل بهما الحنفية يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما وهذا المفهوم عند أكثر أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ماورد في العمل بشاهد وعين، ثم إن العمل بشهادة المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم حديث (شاهدك أو عينته)، فإن قالوا: قدّمنا على هذا المفهوم منطوق الآية، فيقال لهم يقدم على ذلك المفهوم منطوق الأحاديث التي وردت في هذا الباب.

ثم هذا كله مبني على أن الحنفية ومن معهم يعملون بمفهوم العدد، فإن لم يعملوا به فالهجة عليهم أوضح وأتم.^١

الشرط الرابع: للعمل بخبر الواحد عند الحنفية هو ألا يعمل الراوي بخلاف ما رواه: إذ إنه لا يخالف روايته إلا إذا كان قد عثر على دليل قطعي ناسخ، أو جب عنده ترك العمل بروايته، فعمل الراوي مقدم عند الحنفية، باستثناء الكرخي على روايته، وبه أخذ الإباضية.^٢

وخالفهم الجمهور في ذلك فقال الرازي وقد اتفقوا على أن مخالفة الحفاظ لا تمنع من قبول ولا يحل كون مذهبه على خلاف روايته.

^١ راجع مقارنة المذاهب في الفقه ص ١٣٠ فما بعدها.

^٢ قال السالمي: الشرط السادس إلا يكون الراوي عمل بخلاف ما روى، فإن من روى رواية ثم عمل بخلاف مدلولها، كان ذلك موجبا لتهمة إما في الرواية وإما في المساهلة في العمل، وجميعها محل بقبول الرواية. شمس الأصول ٣٥/٢.

وقال القرافي^١: في تحليل عل خلاف (هذه المسألة ينبغي أن تخصص ببعض الرواة فتحمل على الراوي المباشر للنقل عن الرسول ﷺ) حتى يحسن أن يقال هو أعلم بمراد المتكلم أما مثل مالك ومخالفته لحديث خيار المجلس في البيع الذي رواه فلا يندرج في هذه المسألة لأنه لم يباشر المتكلم حتى يحسن أن يقال فيه لعله شاهد من القرائن الحالية أو المقالية ما يقتضي مخالفته فلا تكون المسألة على عمومها).

وقال الشافعي رحمه الله إن الحديث إن كان له ظاهر يرجع إليه، لأن الحجة في ظواهر الشريعة لا في مذاهب الرواة، أما إذا لم يكن له ظاهر يرجع إليه، فقد سقطت الحجة منه، فيعتمد على تفسير الراوي، لأنه أعلم بحال المتكلم ولم يعارضه ظاهر شرعي.^٢ وقال ابن القيم: (والذي ندين الله به ولا يسعنا غيره أن الحديث إذا صح عن رسول الله ﷺ) ولم يصح عنه حديث آخر ينسخه، إن الفرض علينا وعلى الأمة الأخذ بحديثه وترك ما خالفه كائناً ما كان، لأنه من الممكن أن ينسى الراوي الحديث، أو لا يحضره وقت الفتيا، أو لا يتفطن لدلالته على تلك المسألة، أو يتأول فيه تأويلاً مرجوحاً، أو يقوم في ظنه ما يعارضه ولا يكن معارضاً في نفس الأمر، أو يقلد غيره في فتواه بخلافه، لاعتقاده أنه أعلم منه وأنه خالفه لأقوى منه).^٣

ونستنتج من عرض هذه الآراء وغيرها، أن الأصل عند الجمهور هو العمل بظاهر الحديث دون مذهب الراوي، فلا يعدل إلى الأخذ بعمل الراوي ما لم يثبت أن مخالفته كانت لدليل معارض أقوى مما رواه.

وكان لا اعتبار هذا الشرط أثره في اختلاف الفقهاء في بعض الأحكام الشرعية منها: اختلافهم في صحة زواج امرأة باشرته دون إذن وليها على أقوال أهمها ما يلي:

أ- ذهب أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف في ظاهر الرواية، وزفر ومن وافقهم إلى صحة هذا الزواج مطلقاً إلا أن للولي حق الاعتراض فيما إذا كان لغير كف. ما لم تلد أو تحبل حبلاً ظاهراً.^٤

ب- وذهب مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة الزواج

^١ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٧٠-٣٧١.

^٢ المرجع السابق.

^٣ إعلام الموقعين ٣/٣٥.

^٤ فتح القدير مع الهداية ٣/٢٩٤ فما بعدها.

بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة.^١

- ت- وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا أذنها الولي به وباطل إذا لم يأذن.^٢
- ث- وذهب داود الظاهري إلى أنه صحيح إذا كانت ثيباً وباطل إذا كانت باكرة.^٣
- ج- وقال محمد بن الحسن من علماء الحنفية هو صحيح موقوف على إجازة الولي فإذا أجاز وبلا بطل. وقال أيضاً إذا امتنع الولي من الإجازة، فللقاضي أن يحد العقد ولا يلتفت إليه، وقد روى عنه الرجوع إلى رأي أبي حنيفة وبقيّة أصحابه.^٤
- ح- وذهب الشعبي والزهرري إلى أنه صحيح في الكفء وباطل في غيره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

جملة هذه الأقوال ترجع إلى قول بالجواز مطلقاً وقول بعدمه مطلقاً وقول بأنه موقوف مطلقاً وأقوال بالتفصيل.

ويعتبر خلافهم في العمل بحديث عائشة رضي الله عنها وأهم أسباب الاختلاف في هذه المسألة. فقد روت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فإن اشتجروا وفي رواية فإن تشاجروا فالسلطان ولي من ولا ولي له.^٥

واعتذر الحنفية ومن وافقهم عن العمل بهذا الحديث لأنه خبر الواحد وقد عملت عائشة رضي الله عنها وهي راويته بخلافه، فزوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غائباً بالشام بلا إذن وليها.

وقالوا: وإن عدالة الصحابة رضي الله عنهم وحرصهم على متابعة الرسول بما لا يشك فيه، فإذا ترك الصحابي روايته وهو على علم بروايته علمنا أنه لم يترك روايته إلا لناسخ. وعزز الحنفية رأيهم هذا بالكتاب والسنة والمعقول:

١- الكتاب: قالوا: جاء في غير آية التصريح باسناد النكاح إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فمن ذلك: قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا

^١ المهذب للشيرازي ٣٥/٢.

^٢ المرجع السابق.

^٣ مقارنة بين المذاهب في الفقه ص ٥٩

^٤ فتح القدير مع الهداية ٢٥٦/٣

^٥ أخرجه الأربعة إلا النسائي وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم سبل السلام ١١٨/٣ نيل الأوطار

١٣٤/٦ السر الكبرى ١١١/١.

تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ^١ (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^٢ (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَقْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ)^٣. فهذه الآيات وغيرها ظاهرة في أن المرأة إذا باشرت النكاح بنفسها صح^٤.

٢- السنة: ما ورد في تزوج الرسول (ﷺ) بأم سلمة، بعث إليها يخطبها الى نفسها، قالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال رسول الله (ﷺ): ليس أحد من أوليائك- شاهد ولا غائب- يكره ذلك^٥. فيدل هذا الحديث على أن أم سلمة باشرت الزواج بنفسها من غير إذن وليها، كما يدل على أنه ليس للأولياء حتى الاعتراض إذا توفرت الكفاءة.

٣- للفقهاء: للنكاح مقاصد أولية تقتض بالمرأة، لا يشاركها فيها أحد من الأولياء، كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والمساكن وغيرها من الحقوق الخاصة التي يكتسبها بهذا العقد، فإذا باشرته دون إذن وليها، فإنها تتصرف في خالص حقها وهي من أهلها، لكونها عاقلة مميزة، وإنما يطالب الولي بالتزويج لكي لا تنسب إليها الوقاحة^٦.

واحتج القائلون باشتراط الولي بالكتاب والسنة:

١- الكتاب: قالوا: توجد آيات كثيرة تخاطب الأولياء، فدلّت على أن الخطاب إليهم لا إلى النساء، منها قوله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ)^٧ (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا)^٨.

٢- السنة: استدلوا بما رواه الخمسة الا النسائي عن عائشة رضي الله عنها ان النبي (ﷺ) قال: ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا باطل)) الحديث.

^١ البقرة ٢٣٠

^٢ البقرة ٢٣٤

^٣ البقرة ٢٣٢

^٤ اصول الشاشي ص ٨٤

^٥ سبل السلام ١٢١/٣

^٦ راجع المقارنة بين المذاهب والمرجع السابق

^٧ النور ٣٢

^٨ البقرة ٢٢١

ويلحظ ان استدلال الطرفين بالآيات المذكورة محل نقاش ولا نريد أن ندخل فيه، حذرا من الإطناب، لأن ما يهمننا في هذه المسألة هو الخلاف في العمل بمديث عائشة، لأنها روتها وخالفته. واستدل أبو ثور ومن وافقه بهذا الحديث أيضاً في أن لها المباشرة بنفسها بعد إذن وليها.

واستدل داود ومن وافقه في التفريق بين البكر والشيب بمديث (الثيب أحق بنفسها من وليها). واستدل محمد أيضاً بمديث عائشة رضي الله عنها وقال ان الإذن أعم من أن يكون سابقاً أو لاحقاً^١. واستدل الشعبي والزهري بمديث زواج أم سلمة، فقال عند توفر الكفاية صحيح وعند عدمها باطل^٢.

الترجيح:

ويبدو لي ان الترجيح هو اعتبار موافقه الطرفين من المرأة والولي سواء كانت بكراً أو ثيباً، أما موافقة الولي فليبعد نظره عند تقرير مصلحتها في مستقبل حياتها الزوجية، ولعدم سيطرة العاطفة على عقله عند اختيار شريك لها، بخلاف المرأة، لأن انفعالها النفسي قد يؤدي إلى أن تُخطئ في اختيار هذا الشريك، وأما موافقه المرأة فلأن الأمر يتعلق بها خاصة، فهي ليست كسلعة تُباع وتُشتري، وإنما هي صاحبة الحقوق الأولى في اختيار شريكها، ويجب ان تكافح التقاليد البالية لدى بعض الناس من الضغط والإكراه عليها، لكي تتزوج بابن عمها أو ابن خالتها أو غير ذلك، ممن يقع عليه اختيار الولي، رغم إرادتها وخالفته، فمثل هذا الزواج باطل في الإسلام، فكل إكراه في الزواج مُبطل، كما أن كل إكراه في الطلاق مُبطل.

فعليه إن الأولى بالاختيار من الآراء السابقة هو رأي محمد بن الحسن، من اشتراط الإذن السابق أو اللاحق لتنفيذ عقد الزواج، فإن توفر قبل الزواج فهو صحيح ونافذ، وإلا يتوقف على إجازته، باعتبار أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق. وإذا كان الزوج كفؤاً وامتنع الولي عن الإجازة دون مبرر شرعي، تنتقل ولاية الإذن إلى القاضي، فيستأنف العقد من جديد^٣.

^١ عن ابن عباس (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ قال: (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها) رواه مسلم وفي لفظ من رواه ابن عباس (ليس للولي مع الثيب أمر

والتيمة تستأمر) رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان سبل السلام ١١٩/٢

^٢ مقارنة بين المذاهب في الفقه ص ٦٢

^٣ وفي اختيار ما قلنا جمع بين الأدلة أيضاً

المطلب الثاني

شروط الإمام مالك للعمل بخبر الواحد

اشتراط الإمام مالك في العمل بخبر الواحد بشرطين هما:
إلا يعارض عمل أهل المدينة وألا يعارض القياس - أي في أحد قوليه-
الشرط الأول: في العمل بخبر الواحد يجب ألا يعارض عمل أهل المدينة فإن عارضه يقدم عمل أهل المدينة.

ويلاحظ أن المراد من عمل أهل المدينة هو عمل الصحابة والتابعين،^١ أما الصحابة فلأنهم عاشروا الرسول (ﷺ) ونقلوا ما استقر عليه العمل آخر الأمر. أما التابعون فلأنهم ورثوا ما وقع عليه العمل في عهد الصحابة.
والقول بأنه يحتمل أن الحديث لم يطلع عليه بعضهم، مدفوع بأن الصحابة لم يفرقوا إلا بعد أن اتسعت رقعة البلاد الإسلامية وبعد فتح الفتوحات.
وحجة الإمام مالك: أن عمل أهل المدينة بمثابة روايتهم عن رسول الله (ﷺ)، ورواية جماعة عن جماعة أولى بالتقديم من رواية فرد عن فرد.

الشرط الثاني: في العمل بخبر الواحد عند الإمام مالك في أحد قوليه هو ألا يعارضه القياس، فإن عارضه يُقدم القياس مطلقاً، سواء كان الراوي معروفاً بالفقه والإجتهد أم لا؟

قال القرافي: (والقياس مقدّم على خبر الواحد عند مالك رحمه الله، لأن الخبر إنما ورد لتحصيل الحكم، والقياس متضمن للحكمة، فيُقدم على الخبر، وهو حجة في الدينويات اتفاقاً. وحكى القاضي عياض^٢ في التنبيهات وابن رشد في المقدمات: لمالك في تقديم القياس على خبر الواحد: قولان كما كان عند الحنفية قولان أيضاً).^٣
وقال القرافي: حجة تقديم القياس أنه موافق للقواعد العامة من جهة تضمنه لتحصيل المصالح أو درء المفاسد والخبر المخالف له يمنع من ذلك فيقدم الموافق للقواعد

^١ راجع ابن القيم المجوزية لعبد العظيم عبد السلام ص ٢٤٦ فما بعدها.

^٢ في إحدى مخطوطات شرح ابن القاضي عبد الوهاب.

^٣ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٨٧.

على المخالف لها^١.

ونناقش هذا من وجوه منها:

أ- إن أقوال الرسول (ﷺ) الواردة بشأن التشريع هي من القواعد العامة وتعتبر نصوصاً عامة، تُطبق ما لم تصطدم مع نصوص القرآن الكريم، سواء عارضته القواعد الأصولية أو الفقهية أو اللغوية أو لم تعارض. ولا معنى للقول بأن الخبر الفلاني من أحاديث الرسول (ﷺ) يخالف للقواعد العامة.

ب- ثم إن الرسول (ﷺ) بصفته مبيناً للشريعة، وأمره ونواهيهِ متضمنة لمصالح الناس والقياس، لا يتضمن ذلك مباشرة، بل بسبب سنده وهو الكتاب والسنة.

ت- وإلى جانب ذلك فإن الخبر يدل على قصد الشارع بصريحه والقياس يدل عليه بالاستدلال والصريح أقوى فيجب أن يكون بالتقديم أولى.

وكان لاشتراط عدم مخالفة خبر الواحد لعمل أهل المدينة والقياس عند الإمام مالك ومن تابعه أثر ظاهر في الاختلاف في بعض الأحكام الفقهية منها:

الاختلاف في ثبوت خيار المجلس، وقد ورد في هذه المسألة حديثان هما:

أ- حديث عبدالله بن عمر (رضي الله عنه) عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: ((إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخر أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع))^٢.

ب- وحديث حكم بن حزام قال: قال رسول الله (ﷺ): ((البَّيعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ قَالَ: حَتَّى يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَيَتَّأَبُورَا لَهَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَّبَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا))^٣.

ويعتضى هذين الخبرين ذهب إلى ثبوت خيار المجلس الشافعية^٤، والحنابلة^٥ وفقهاء أصحاب الحديث وابن حبيب من أصحاب مالك والشيعة الإمامية^٦.

^١ المرجع السابق.

^٢ قال ابن عبد البر في التمهيد: أجمع العلماء على أن هذا الحديث ثابت عن النبي (ﷺ) وأنه أثبت ما نقل من الأحاد، راجع العدة مع شرح عمدة الأحكام ٣/٤.

^٣ راجع المرجع السابق ٤/٤.

^٤ المذهب للشيخازي ٢٥٧/١-٢٥٨.

^٥ نيل المارب ١٢٥/١.

^٦ الخلاف للطوسي ٥٠٦/١.

وقالوا: إن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول ولكنه لا يلزم المتابعين ما لم يتفرقا فلهما الخيار بين الفسخ والامضاء إلى أن يتفرقا أو يستخيرا، وهو مذهب علي بن أبي طالب (ع) وعبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس وأبي هريرة وابن بردة (أبو بزة) الأسلمي وبه قال الحسن البصري وسعيد بن المسيب والزهري وعطاء.

وذهب الإمام مالك وأبو حنيفة وأصحابهما إلى عدم ثبوت خيار المجلس وهو رأي شريح والنخعي من التابعين.

واعتذر الإمام مالك عن العمل بحديث خيار المجلس واحتج بأنه معارض لعمل أهل المدينة ومخالف للقياس الجلي.

واستند الإمام مالك إلى أن حديث خيار المجلس خبر آحاد معارض لإجماع وعمل أهل المدينة، لأن مقتضاه غير معلوم لديهم وغير معمول به، وكل ما كان كذلك يُقدم عليه عمل أهل المدينة، لأنهم في مهبط الرمي، لهم المعرفة بالناسخ والمنسوخ، فمخالفتهم لبعض الأخبار تقتضي علمهم بما أوجب ترك العمل به من ناسخ أو دليل راجح.^١

ويناقد هذا الاستدلال بأن هذا العمل من أهل المدينة إما سابق على عصر مالك أو في عصره، فالأول باطل لأن ابن عمر (ع) كان رأس المفتين في المدينة في عصره، وكان يرى ثبوت خيار المجلس، والثاني أيضاً باطل لأن سعيد بن المسيب وابن شهاب، وهما من أجل فقهاء المدينة، روى عنهما منصوصاً العمل به، واستدل الإمام مالك - ومن تبعه - أيضاً بأن حديث خيار المجلس مخالف للقياس الجلي والأصول القياسية للقطوع بها، لأنه منع الغير عن إبطال حق للقياس الجلي والأصول القياسية للقطوعة بها، لأن منع الغير عن إبطال حق الآخر ثابت بعد التفرق قطعاً واتفاقاً، والمشتري بعد العقد قبل التفرق، ثبت له حق في العين المقنونة عليها بالشراء، وثبت للبائع حق في ثمنها، وإثبات خيار المجلس موجب لإبطال حق كل منهما، لأن ما قبل التفرق في معنى ما بعده لثبوت الحق للطرفين في الحالتين، ولا فرق إلا بالقبلية والبعدية.^٢

ونوقش هذا بأن البيع يقع بغتة من غير ترو، وقد يحصل الندم بعد الشروع فيه، فإثبات خيار المجلس يُناسب كلاً من المتعاقدين لضرر الندم، ولا يُسوى في هذا ما قبل التفرق وما بعده.

^١ راجع أحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١٣/٤.
^٢ المرجع السابق.

أما موافقة الحنفية للمالكية في عدم الأخذ بحديث خيار المجلس، فإنه مبني على أصلهم من أن خبر الآحاد يشترط للعمل به ألا يكون فيما يعم به البلوى، والبيع بما يعم به البلوى، ويُناقش ذلك بأنه على تسليم هذا الأصل، فإن عل النزاع ليس هو البيع، بل خيار الفسخ في المجلس، وليس هذا مما يعم به البلوى، لأن حكم الفسخ غير غالب.

المطلب الثالث

شروط الشيعة الزيدية والإمامية والخوارج للعمل بخبر الواحد

١- الشيعة الإمامية:

رأي الشيعة الزيدية لا يختلف إلى حد ما مع رأي الجمهور في العمل بخبر الواحد،^١ إذا توافرت شروط الراوي المعتبرة، غير أنهم اتفقوا مع الحنفية في أنه يجب ألا تكون واقعة خبر الواحد ما يعم به البلوى. وينتوا على ذلك رفضهم لما يذهب به الشيعة الإمامية من النص على اثني عشر إماماً، وقالوا: لو صحَّ هذا النص من الرسول (ﷺ) لعلمه الصحابة كلهم لأنه أمر يعم الأمة كلها.

يقول صاحب الكاشف: يُرفض (خبر الواحد) فيما يعم به البلوى، بل يجب أن يُرد ذلك، لكذب ناقله، كخبر الإمامية الذي روه في النص على اثني عشر إماماً معينين بأسمائهم.^٢ ولم يشترط الزيدية أن يكون الراوي زدياً أو من آل البيت، كما اشترط الإمامية أن يكون إمامياً، إلا أنهم يُقدمون رواية آل البيت إذا تعارضت مع رواية غيرهم.^٣

وتفرَّع عن ذلك اختلافهم مع الجمهور في بعض المسائل الفقهية منها: الاختلاف فيما يجب من الزكاة إذا بلغ نصاب الإبل خمساً وعشرين إبلاً: أجمع فقهاء المسلمين^٤ باستثناء الزيدية والشيعة الإمامية، على أن في كل خمس من الإبل شاة إلى أربع

^١ راجع الكاشف مع أصول الزيدية مخطوط رقم ١٣٢٣٥٤ دار الكتب المصرية ورقة ١٠، ٨.

^٢ انظر الفصول اللؤلؤية مخطوطة دار الكتب المصرية.

^٣ المرجع السابق.

^٤ بداية المجتهد ١/ ٢٥٠.

عشرين، فإذا كانت خمساً وعشرين ففيهما بنت مخاض إلى خمس وثلاثين فإن لم تكن بنت مخاض فأبى لبون ذكر.^١

وذهب جمهور الزيدية والشيعة الإمامية إلى أن زكاة خمس وعشرين من الإبل خمس من الشياه.

واستدل الإمام زيد رحمه الله في كتاب المجموع بما روى عن علي بن أبي طالب (ع) لا بما روى عن النبي (ﷺ) عن غير طريق علي.

وقد وافق بعض أئمة الزيدية جمهور الفقهاء وأولوا ما روى عن علي (ع) بتأويلات منها:

١- التوفيق بين ما روى عن علي وما روي عن غيره مما أخذ به الجمهور بأنه كان الرجل الذي وجبت زكاة الإبل في ماله ليس عنده بنت المخاض، فقومها على (ع) بخمس من الشياه، فلم يمنع علي وجوب بنت المخاض ولكن أجاز تقويمها بهذا.

٢- أن الإبل كانت مشتركة بين اثنين أحدهما له عشرة والآخر له خمس عشرة، فأفتى علي بما يجب عليهما، لا بما يجب على أحدهما. وفي الخليط عند الجمهور كذلك لا تجب بنت المخاض بل خمس شياه. وذهب الشيعة الإمامية إلى أن زكاة خمس وعشرين من الإبل خمس شياه مطلقاً، كما هو رأي الإمام زيد. قال الطوسي: في خمس وعشرين من الإبل خمس شياه وفي ست وعشرين بنت مخاض، وبه قال أمير المؤمنين وخالف جميع الفقهاء في ذلك بـ دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم.^٢

ب- رأي الشيعة الإمامية:

ذهب المتأخرون من الشيعة الإمامية إلى الأخذ بخبر الواحد واستندوا إلى أدلة معظمها هي الأدلة التي استدل بها الجمهور على وجوب العمل بخبر الواحد.^٣ قال الحلبي: (الصحيح أن

^١ قال النووي في المجموع ٣٤٣/٥: وأجمعوا على أن في خمس وعشرين بنت مخاض إلا ما روى عن علي بن أبي طالب (ع) أنه قال: " فيها خمس شياه فإذا صارت ستاً وعشرين ففيهما بنت مخاض " ودليلنا حديث أنس " فإذا بلغا خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنشى فإن لم يكن فيها بنت مخاض فأبى لبون ذكر الحديث ".

^٢ راجع خلاف للطوسي ٢٩٩/١.

^٣ أي بالأدلة الأربعة الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

زملأه من الخلفاء الراشدين وكبار الصحابة في قبول بعض الأحاديث من طلب العدد.

الثاني - أن خبر الواحد لا يكون حجة في العمل إلا إذا كان رواه من الطائفة المحقة، ذكره الطوسي في عدة الأصول^١ والطائفة المحقة في تفسير الطوسي والشيعة الإمامية هي الإثني عشرية.

وهذا يعني أن كل خبر يُروى بطريق الطوائف غير المحقة لا يكون مقبولاً.^٢ ومعظم الإمامية على أنه لا تُقبل رواية غير الإمامي، إلا في صور محدودة، كأن تكون من غير إمامي موثوق أو مدح من الإمامي. قال أبو المعالي: (لو كان بعض الرجال السنة غير إمامي مصرحاً بالتوثيق أو مصرحاً بالمدح لا بد من كون الباقي إمامياً موثقاً).^٣

وجملة الكلام:

وجملة الكلام أنهم لا يقبلون أحاديث أهل السنة التي تتصل مباشرة بالنبي (ﷺ) ما لم يتوسط أحد الأئمة من أهل البيت، ولا يقبلون رواية غير الإمامية عن أحد أئمتهم، إلا إذا وجدت قرينة ترجح صدق روايته، وترتب على ذلك اختلافهم مع الجمهور في مسائل كثيرة منها:

١. إنهم يقولون يجوز نكاح المتعة إلى يوم القيامة، ويستشهدون بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، قال الطوسي^٤: وبه قال علي على ما رواه أصحابنا. وقال: وأما ما روي من الأخبار في تحريمها فكلها أخبار آحاد وفيها مع ذلك اضطراب.^٥

وتحريم المتعة ثابت عند الجمهور بأحاديث ثابتة، بل انعقد الإجماع على تحريمها، والآية التي استدلت بها الإمامية عمولة على النكاح المعروف، لورودها في سياق الكلام على النكاح بالعقد المعروف، بعد ذكر الأصناف التي يحرم التزوج بها.

^١ عدة الأصول للطوسي ص ٣١ فما بعدها.

^٢ شرح معالم الدين ص ٢٤٩.

^٣ رسائل أبي المعالي الرسالة التاسعة ص ٩ طبع حجر.

^٤ راجع الإمام صادق للأستاذ أبي زهرة ص ٣٨٣ فما بعدها.

^٥ النساء ٢٤.

^٦ الخلاف للطوسي ١٨٠/٢

٢. ويحوز عند الامامية الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، خلافاً للجمهور. قال الطوسي: (يحوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت العمة والحالة)، وقال: ودليلنا اجماع الفرقة، ولأن الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل^١. وكلام الطوسي يدل على أن حديث أبي هريرة: (لا يجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها)^٢ لا يُعتبر دليلاً وحجة، مع أنه حديث مشهور، قد بلغ درجة التواتر في عهد التابعين وتابعي التابعين، وأخذ برأي الشيعة الإمامية الخوارج^٣ لعدم قولهم بهذا الحديث، لأنه غير مروى عن طريق أنتمهم.

وثبت هذا التحريم لدى الجمهور بحيث انعقد اجماع أهل السنة عليه. ٣. وفي حديث بروع بنت واشق الذي سبق بيانه، قال الطوسي وهذا خبر واحد، لا يجب عندنا العمل به، لأنه لم يروَ من طريقنا، وإنما روى من طريق لا يُعرف عدالة رواته، وما هذا صورته لا يجب العمل به.^٤

ج- رأي الخوارج في العمل بخبر الواحد:

اختلفت آراء الخوارج في العمل بالسنة، فمنهم من يحصر مصادر التشريع في القرآن وحده ويرفض ما عداه، ولعل هذه الفرقة هي التي طعنَت في حُجِّيَّة السنة. ومنهم من حصر مصادر التشريع في الكتاب والسنة التي تُروى عن طريق أنتمهم فقط، ورد ما عداه مهما بلغت من الصحة.

وترتب على ذلك اختلافهم مع الجمهور في كثير من المسائل الفقهية التي مصدرها السنة النبوية منها:

١. لم يعملوا بحديث لا وصية لوارث مع أن هذا الحديث مشهور وبلغ حد التواتر في عهد التابعين وتابعي التابعين وبذلك خالفوا ما اجمع عليه الجمهور.^٥

^١ المرجع السابق ١٦٠/٢

^٢ متفق عليه سبل السلام ١٦٢/٣.

^٣ سبل السلام المرجع السابق.

^٤ راجع الخلاف للطوسي ١٩٥/٢.

^٥ محاضرات الدكتور حسن الكاشف ص ١٤.

٢. ولم يعملوا بحديث ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)) فقالوا: إن الله لم يذكر في المحرمات غير الأم المرضعة والأخت في الرضاعة^١ وعندهم يجوز النكاح بما عداهما ولا يكون الرضاع مانعاً إلا فيهما.

٣. ردوا حديث النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها الذي يُعتبر حديثاً مشهوراً بلغ حد التواتر في عهد التابعين وتابعي التابعين، وأجمع جمهور المسلمين على العمل بمقتضاه.

وبذلك يتفق الخوارج مع الشيعة الإمامية في هذه المسألة.

الحديث المرسل واثره في اختلاف الفقهاء:

اختتم هذا الفصل بعرض موجز للحديث المرسل، الذي يُعتبر من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام.

الحديث المسند هو ما ذكر فيها الرواية من أول السند إلى رسول الله (ﷺ)، دون أن يسقط من رواته واحد، وما سوى المسند يُسمى مرسلأً عند الأصوليين والفقهاء، ويتنوع المرسل باعتبار طبقات وعصور الرواية إلى أربعة:

أ- مرسل الصحابي وهو روايته لشيء لم يدركه أو لم يحضره، كقول عائشة رضي الله عنها، أول ما بُدئ به رسول الله (ﷺ) من الوحي الرؤيا الصادقة في النوم.

ب- مرسل التابعين (أو مرسل القرن الثاني)

ت- مرسل تابعي التابعين (أو مرسل القرن الثالث).

ث- مرسل ما بعد القرون الثلاثة.^٢

لا خلاف لعامة الفقهاء في الاحتجاج بمراسيل^٣ الصحابة. قال صدر الشريعة "مرسل الصحابي مقبول ويحمل على السماع".^٤ وقال أبو البركات "وهو إن كان من الصحابة

^١ المرجع السابق.

^٢ راجع شرح التوضيح على التنقيح مع الحواشي ٢٥٧/٢ كشف الأسرار مع البزدوي ٣/٧٢٢ النخبة النبهاية ص ٢٣.

^٣ الباء للأشباع كما في الدراهم والمصاريف الكشف ٣/٧٢٢

^٤ شرح التوضيح المرجع السابق.

فمقبول بالاجماع".^١ وقال الآمدي: "وأما الشافعي فإنه قال إن كان المرسل من مراسيل الصحابة فهو مقبول".^٢ وقال السالمي الإباضي "فإن يكن من الصحابي قبل بلا خلاف".^٣ واختلف الفقهاء في مرسل غير الصحابي على التفصيل الآتي:

أ- الحنفية: اتفقت كلمة فقهاء الحنفية على العمل بمرسل القرن الثاني والثالث لأن العلة التي اقتضت قبول مراسيل الصحابة وهي العدالة تقتضي قبول مراسيل التسابعين ومن تبعهم أيضاً لوجود العدالة فيهم^٤ واختلفوا فيما عدا ذلك على أقوال ثلاثة:

١. قال الشيخ أبو الحسن الكرخي ومن تبعه يقبل إرسال كل عدل في كل عصر، لأن العلة وهي العدالة والضبط تشمل سائر القرون.^٥

٢. وقال عيسى بن أبان لا يقبل إلا مراسيل من كان من أئمة النقل مشهوراً بين الناس مثل إرسال محمد بن الحسن وأمثاله، لأن الزمان زمان الفسق والكذب. واختار هذا الرأي البزدوي.^٦

٣. وقال أبو بكر الرازي الجصاص لا يقبل إرسال من بعد القرون الثلاثة، إلا إذا اشتهر بأنه لا يروى إلا عمن هو عدل وثقة، واختاره شمس الأئمة السرخسي.^٧

ب- الإمام مالك: كان الإمام مالك رحمه الله يقبل المرسل من الأحاديث والبلاغات،^٨ ويظهر من ذلك أنه كان يسيّر على ما سار عليه أكثر فقهاء عصره، فالحسن البصري وسفيان بن عيينة وغيرهما كانوا يأخذون بالمرسل ولا يردونه. ومن راجع الموطأ يجد فيه الكثير من الأحاديث المرسلة، وكان الإمام مالك يقدمها على القياس.^٩

^١ المنار يشرح فتح الغفار ٩٤/٢

^٢ الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٩٩/١.

^٣ شمس الأصول ٤٥/٢.

^٤ انظر المرجاني على التوضيح ٦٣/٣.

^٥ فتح الغفار بشرح المنار لأبن نجيم ٩٦/٢.

^٦ المرجاني على التوضيح ٦٨/٣.

^٧ المرجع السابق.

^٨ أي إيصال الخبر بدون ذكر المبلغ فيقول بلغني كذا بدلاً من سمعت.

^٩ إعلام الموقعين. ٣٥/١.

ج- الإمام الشافعي: اختلفت الأقوال في عمل الشافعي بالمراسيل: قال القاضي عبد الوهاب في الملخص - كما نقله القرافي - ظاهر مذهب الشافعي رد المراسيل، كما هو قول أصحاب الحديث، ونقل عن الشافعي أيضاً أنه قال لا أقبل منها إلا مراسيل سعيد بن المسيب. ومن أصحابه من يقول مذهبه قبول مراسيل سعيد بن المسيب والحسن البصري دون غيرهما.^١

والواقع أن الشافعي قبل المراسيل بالشروط التالية:

١. أن يكون الراوي صحابياً.

٢. أو أن يكون من التابعين المعروفين كسعيد بن المسيب والحسن البصري.

٣. أو أن يقوى المرسل مسنداً في معناه.

٤. أو أن يشترك في إرساله عدلان ثقتان على أن يكون شيوخهما مختلفين.

٥. أو أن يتأيد بأية أو سنة مشهورة.

٦. أو أن يوافق قولاً مشهوراً مأثوراً عن بعض الصحابة.

٧. أو أن يتلقاه أهل العلم بالقبول ويفتي جماعة منهم بمثل ما جاء به.^٢

ح- الإمام أحمد: الأقوال متضاربة في تحديد موقف الإمام أحمد من المراسيل فمن أصحابه من يعتبره من القائلين بها مطلقاً، ومنهم من قال أنه لا يرى الأخذ بها مطلقاً، ومنهم من يرى أنه لم يقل إلا بحجية مراسيل القرون الثلاثة الأولى فقط.^٣ والواقع أن الإمام أحمد أخذ بالمراسيل ولكنه لم يكن متساعاً في قبولها أكثر من شيخه الشافعي، فهو لم يعمل بالمرسل إذا لم يكن لديه ثقة تامة برأيه، حيث كان يأخذ به إذا كان الراوي ثقة أو إذا قال أحد المجتهدين الذين يعرفون صحيح الحديث عن ضعيفه ثبت هذا أو صح هذا، أو قال رسول الله (ﷺ) كذا واحتج بذلك، أو تأيد بغير ذلك مما اقترن به.^٤

خ- الشيعة الإمامية: فعند الإمامية السند غير المتصل بالمعصوم سواء أوصله المعصوم إلى النبي (ﷺ) أو لا، محل الخلاف، فالراجع عندهم أنه لا يُقبل، وأن قبل لا يُعد

^١ شرح تنقيح الفصول ص ٣٨٠.

^٢ راجع الأحكام في أصول الأحكام للامدي ٢٩٩/١ فما بعدها.

^٣ المسودة ص ٣٥٠-٣٥١ إعلام الموقعين ٣٤/١.

^٤ انظر المرجعين السابقين.

صحيحاً قوياً.^١

د- الشيعة الزيدية: الظاهر أن موقف الزيدية لم يختلف عن موقف الحنفية والمالكية في قبول المراسيل مطلقاً، كما يفهم من كلام صاحب الفصول اللؤلؤية " الرواية على مراتبها القاربة، ثم الصحابة، ثم مفسروا التابعين، ثم الثقات " إذ يدل هذا الكلام على أن اتصال السند إلى الرسول (ﷺ) ليس بشرط لقبول الحديث، بل مرسل الأحاديث مقبول عندهم، ما دام التابعي ثقة، سواء كان مجتهداً أم لا.^٢

ذ- الظاهرية: قال أهل الظاهر: المرسل غير مقبول ولا تقوم به حجة، لأنه عن مجهول، ومن جهلنا حاله، فالغرض علينا التوقف عن قبول خبره وعن قبول شهادته حتى نعلم حاله، وسواء قال الراوي العدل حدثنا الثقة أو لم يقل، لا يلتفت إلى ذلك، ومرسل سعيد بن المسيب والحسن البصري وغيرهما سواء في عدم الأخذ به وعدم حجتيته.^٣

ومن المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في الأخذ بالحديث المرسل مايلي:

١. اختلفوا في نقض الوضوء بقيء أو رعاف أو قلنس،^٤ ومنشأ الخلاف هو الاختلاف في العمل بحديث عائشة رضي الله عنها، قالت: "إن رسول الله (ﷺ) قال من أصابه قيء أو رعاف أو قلنس أو مذي فلينصرف فليتوضأ، ثم ليبن على صلاته، وهو في ذلك لا يتكلم".^٥ وذهب الحنفية والهادوية ومن وافقهم إلى نقض الوضوء بما ورد في هذا الحديث لكن اشتراط الهادوية أن يكون القيء من المعدة أو ملء الفم، وعند زيد بن علي ينقض مطلقاً.

وذهب الجمهور ومنهم الشافعية ومالك إلى عدم النقض وضعفوا الحديث فلم يعملوا به.^٦

٢. اختلفوا في اعتبار القهقهة من نواقض الوضوء، قال الحنفية ومن وافقهم: هي من نواقض الوضوء، قال ابن الهمام "وحديث القهقهة روى مرسلًا ومسنداً واعترف أهل

^١ راجع الإمام صادق لابي زهرة ٤١٣ - ٤١٥.

^٢ راجع الإمام زيد لابي زهرة ص ٣٨٢.

^٣ الإحكام في أصول الأحكام لابن جزم ١/ ١٣٦ فما بعدها.

^٤ بفتح القاف وسكون اللام ما خرج عن الحلق ملء الفم أو دونه فإن عاد فهو القيء.

^٥ أخرجه ابن ماجه وضعفه احمد وغيره، سبل السلام ١/ ٦٨.

^٦ سبل السلام المرجع السابق فتح القدير ١/ ٤٠.

الحديث بصحته مرسلًا ومدار المرسل على أبي العالية ثم قال: وإذا صح المرسل وهو حجة عندنا لم يكن بد من القول بنقض الوضوء به.^١
 وذهب الجمهور إلى عدم نقض الوضوء بالقهقهة ولم يعملوا بحديث أبي العالية لكونه مرسلًا ومخالفًا للأصول وهي أن يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غيرها.^٢

٣. اختلفوا في جواز الدخول بالنزوجة قبل دفع شيء لها من صداقها الحال إن عارضت الدخول بدون ذلك، قال أبو حنيفة ومالك ومن وافقهما إن كان المهر مؤجلًا فله أن يدخل بها، أحببت أم كرهت، حلّ الأجل أم لم يحل، وإن كان نقدًا فلم يحز حتى يؤديه إليها ولو دخل بها فلها أن تمنع نفسها حتى يوفيهما، إن كان الدخول بدون رضاها وكذا إن كان برضاها عند أبي حنيفة خلافًا للصاحبين.^٣

وذهب الثوري والأوزاعي والظاهرية ومن وافقهم إلى جواز ذلك مطلقاً وهو أحد قولي الشافعية^٤ قال ابن حزم وما استدلل به المانعون خبر لا يصح لأنه إنما جاء من طرق مرسلّة.^٥

ومنشأ الخلاف ما روي عن ابن عباس أنه قال: لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله (ﷺ) أعطها شيئاً قال ما عندي شيء قال فأين درعك الحطمية؟^٦

ويرتّب على هذا الخلاف الاختلاف في وجوب النفقة للزوجة الممتنعة عن تسليم نفسها حتى يستلم مهرها النقدي عنم جوز الامتناع قال بوجوب النفقة لأنها ممتنعة بحق، ومن ذهب إلى عدم الجواز قال بسقوط نفقتها لأنها ناشزة.^٧

^١ فتح القدير المرجع السابق.

^٢ بداية المجتهد ٣١/١.

^٣ فتح القدير ٣٧١/٣ فما بعدها.

^٤ المهذب ٥٧/٢.

^٥ المحلى لابن حزم ٤٨٩/٩ فما بعدها.

^٦ رواه أبو داود والنسائي وصححه الحاكم سبل السلام ١٤٩/٣

^٧ المهذب المرجع السابق.



الفصل الثالث
الاختلاف في العلم بالحديث
أو في تحديد المراد منه
أو في قيام التعارض

ونُخصص لكل سبب في هذه الأسباب مبحثاً مستقلاً.



المبحث الأول

الاختلاف في العلم بالحديث

من المعلوم أن أحاديث النبي (ﷺ) لم تكن في عصر الصحابة وكبار تابعيهم مدونة في الجوامع ولا مرتبة، لأمرين^١ أحدهما: إنهم كانوا في ابتداء الحال قد نهوا عن ذلك، خشية أن يختلط بعض ذلك بالقرآن الكريم.

وثانيهما: سعة حفظهم وسيلان أذهانهم.

ثم حدث في أواخر عصر التابعين تدوين الأحاديث، وتبويب الأخبار، لما انتشر العلماء في الأمصار وكثر الابتداع من الخوارج ومنكري الأقدار.

ومن هذا المنطلق لم تكن حظوظ الفقهاء متساوية بالنسبة إلى سنة الرسول (ﷺ)، وحتى بعد التدوين لم يكن كل الفقهاء مطلعين على كل الأحاديث، الأمر الذي سبب اختلافهم في بعض المسائل الفقهية.

وبدأ الاختلاف من هذه الزاوية منذ عهد الصحابة ثم استمر في العهود التي تلتهم:

اختلاف الصحابة بسبب اختلافهم في العلم بالحديث:

لما تفرق الصحابة بعد خلافة عمر (رضي الله عنه) في البلاد وصار كل واحد مقتدى ناحية من النواحي، فكثرت الوقائع وعرضت عليهم المسائل، فأخذ كلٌ يُجيب في ضوء كتاب الله، فُهم حسب ما حفظه من آثار رسول الله (ﷺ)، فإن لم يجد الحكم فيها، اجتهد برأيه متمسكاً بالعلل التي دارت عليها الأحكام في نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة، ومن ذلك نشأ الاختلاف بينهم على ضروب منها: إذا لم يسمع صحابي حكم الرسول (ﷺ) في المسألة أو فتواها فيها وقد سمعه الآخرون، اجتهد برأيه، ثم بعد ذلك لا يخلو الأمر من إحدى الحالات الخمس التالية:

^١ مقدمة فتح الباري للحافظ ابن حجر ص ٤ - القاهرة المطبعة الكبرى ١٣٠١هـ

١. إما أن يقع اجتهاده موافقاً للحديث الذي لم يبلغه، كاجتهاد ابن مسعود في المرأة المتوفى عنها زوجها، ولم يفرض لها، فإنه قضى بأن لها مهر نساها، وقال: لا وكس ولا شطط، عليها العدة ولها الميراث ومهر نساها، ثم ظهر له أن قضائه قد وافق قضاء رسول الله (ﷺ)، عندما قام معقل بن سنان فشهد بأن النبي (ﷺ) قضى بمثل ذلك في امرأة منهم^١.

٢. أو يفتي بما يخالف الحديث، ثم يبلغه الحديث فيقتنع بصحته ويرجع عما أفتى به، مثل ما روي من أنه كان مذهب ابن عباس (رضي الله عنه) أن من أصبح جنباً فلا صوم له، حتى أخبره بعض أزواج النبي (ﷺ) بخلاف مذهبه، فرجع^٢.

٣. أو يبلغه الحديث ولكن لا على الوجه الذي يقع به غالب الظن، فيطعن فيه ولا يترك اجتهاده، كما قضى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بأن المبتوتة^٣ لها النفقة والسكنى، ثم لما وصله حديث فاطمة بنت قيس^٤، طعن فيه، فقال: لا تترك كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها النفقة والسكنى. وقالت عائشة رضي الله عنها لفاطمة: ألا تتقي الله؟ يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة.

وكقضاء علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) بأن المتوفى عنها زوجها لم يفرض لها المهر لا مهر لها ولها الميراث، ولم يرجع عن اجتهاده لما سمع حديث معقل بن سنان، فقال لا نترك كتاب الله بقول أعرابي بوال على عقبيه.

وروى الشيخان أنه كان في مذهب عمر بن الخطاب أن التيمم لا يجزئ للجنب الذي لا يجد ماء، فروى عمار بن ياسر أنه كان مع رسول الله (ﷺ) في سفر، فأصابته جنابة ولم يجد ماء، فتمتع^٥ في التراب، فذكر ذلك لرسول الله (ﷺ)، فقال رسول الله: إنما

^١ كشف الأسرار مع البزدوي ٧٠٦/٢ فما بعدها، قواعد التحديث ص ٣٢٥.

^٢ الإنصاف في التنبيه على أسباب الخلاف للدهلوي ص ٤ قواعد التحديث ص ٣٢٦.

^٣ أي المطلقة طلاقاً باتناً.

^٤ وقد طلقها زوجها ثلاثاً ولم يجعل لها الرسول (ﷺ) سكنى ولا نفقة وقد أنكر عليها عمر (رضي الله عنه) وعائشة (رضي الله عنها) هذا الحديث وقال عمر لا تترك كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت. نيل الأوطار ٢٢٨/٦.

^٥ معك الشيء ذلك معك فتمتع مرغاه فتمرع.

كان يكفيك أن تفعل هكذا: "وضرب بيده الأرض فمسح بها وجهه ويديه". فلم يقبل عمر ولم ينهض عنده حجة لقادح خفي رآه فيه، فلم يرجع عن مذهبه، وحديث عمار استفاض في الطبقة الثانية من طرق كثيرة^١.

٤. أو لا يصله الحديث أصلاً: وقد كان ابن عمرو (رضي الله عنه) يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن، ولما سمعت عائشة رضي الله عنها بذلك فقال: يا عجباً لابن عمرو هذا! يأمر النساء، إذا اغتسلن، أن ينقضن رؤوسهن. أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤوسهن! لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله (ﷺ) من إناء واحد، ولا أزيد على أن أفرغ على رأسي ثلاث إ فراغات^٢.

٥. أو يصله الحديث ولكن ينسأه أو يقع له السهو فيه: كما روي أن ابن عمر (رضي الله عنه) كان يقول اعتمر رسول الله (ﷺ) في رجب، فسمعت بذلك عائشة رضي الله عنها، فقضت عليه بالسهر^٣.

إلى غير ذلك من الأمثلة الأخرى اختلف فيها الصحابة بسبب عدم وصول الحديث إلى علمهم أو عدم ثقتهم به، أو نسيانهم، أو سهوهم.

ب- اختلاف التابعين بسبب اختلافهم في العلم بالحديث أو الثقة به:

يعتبر اختلاف التابعين بسبب الحديث امتداد لاختلاف الصحابة، فأخذ من الصحابة كل واحد من التابعين ما تيسر له، فحفظ ما سمع من حديث رسول الله (ﷺ) ومذاهب الصحابة وعقلها، وجمع المختلف على ما تيسر له، ورجح بعض الأقوال على بعض، واضمحل في نظره بعض الأقوال، فعندئذ صار لكل عالم من علماء التابعين مذهب على حياله، فانتصب في كل بلد إمام، مثل سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر في المدينة، وعطاء بن رباح بمكة، وإبراهيم النخعي والشعبي بالكوفة^٤.

^١ قواعد التحديث ص ٣٢٦.

^٢ أخرجه مسلم وأحمد سبل السلام ٩٢/١.

^٣ الإنصاف للشاه الدهلوي ص ٤ فما بعدها.

^٤ الإنصاف المرجع السابق ص ٥ إلام الموقعين ٢٢/١ فما بعدها.

واختلف هؤلاء التابعون في كثير من المسائل الفقهية وكان من بين أسباب اختلافهم وصول الحديث إلى علم البعض دون الآخرين، ومن تلك المسائل:

١. حديث القلتين (عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ﷺ إذا كان الماء

قلتین لم یحمل الخبث، وفي لفظ لم ینجس^١.

فإنه حديث صحيح روى بطرق كثيرة، إلا أنه لم يظهر في عصر سعيد بن المسيب ولا في عصر الزهري، فلم يعملوا به في حين أخذ به غيرهما ممن بلغه من التابعين، وكان لهذا أثره في اختلاف الأئمة المجتهدين أيضاً ممن جاؤا بعدهم، حيث أن المالكية والحنفية ومن وافقهم لم يأخذوا بحديث القلتين، بينما عمل به الشافعية ومن وافقهم^٢.

٢. إن حديث خيار المجلس حديث صحيح روى بطرق كثيرة وعمل بها ابن عمر وأبو رزة^٣

وغيرهما من الصحابة، ثم عمل به كثير من علماء التابعين، إلا أنه لم يظهر على الفقهاء السبعة من المدينة وعلى من عاصروهم، فلم يعملوا به، ثم أدى هذا إلى اختلاف أئمة المذاهب فيه، فأخذ به الشافعي وأحمد ومن وافقهما، ولم يعمل به أبو حنيفة ومالك ومن وافقهما، لأنهم اعتبروا عدم ظهوره على الفقهاء السبعة ومن معهم علة فادحة فيه^٤، كما سبق ذلك في الفصل السابق.

ج- اختلاف أئمة المذاهب الجماعية بسبب اختلافهم في العلم

بالحديث:

لقد بلغ الاختلاف بسبب مدى الاطلاع على الأحاديث النبوية ذروته في عهد المذاهب الجماعية، على الرغم من تدوين الحديث، وذلك لوجوه ثلاثة:

الأول: أن اختلاف الصحابة والتابعين بسبب توزع الأحاديث بين من سمعوها، وعلم بعض الصحابة أو التابعين بها دون بعض آخر، أصبح من أسباب اختلاف الفقهاء ممن جاؤا بعدهم، وذلك لتمسكهم بأقوال الصحابة في كثير من المسائل، فاختلفوا فيها

^١ أخرجه الأربعة وصححه ابن خزيمة والحاكم سبل السلام ١٩/١.

^٢ الإنصاف للدهلوي ص ٩ فما بعدها.

^٣ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٤م ٤.

^٤ الإنصاف المرجع السابق.

وفي أشباهها ونظائرها، لاختلاف من أخذوا عنهم، أو اتبعوهم، بل كان قد يصل الى فقيه واحد في مسألة واحدة أكثر من رأي لأصحاب رسول الله (ﷺ)، فيكون له فيها آراء مختلفة، لأخذه بآرائهم جميعاً، وهذا يُفسّر لنا تعدد الروايات المختلفة عن الإمام أحمد رحمه الله في المسألة الواحدة.

الثاني: إن عدم ظهور بعض الأحاديث الصحيحة في الطبقة الثانية أو الثالثة أدى الى عدم الأخذ بها من قبل بعض الفقهاء لانهم اعتبروا عدم ظهورها في عهد التابعين أو تابعي التابعين قدحا فيها كما سبق في حديث القلتين وحديث خيار المجلس.

الثالث: هو أنّ من الأحاديث الصحيحة ما انفرد بعلمه بعض الرواة إذ لم يره الاثثة واحدة عن مثله أو رواه قلة عن قلة ثم لم تدع داعية الى انتشاره في الناس وشيوعه بين فقهاء الأمصار جميعاً فيعلمه بعض فقهاء الأقطار الإسلامية دون بعضهم الآخر فمن علمه عمل به ومن لم يبلغه اجتهد برأيه أو اتبع غيره وقد يؤدي اجتهاده أو اتباعه الى خلاف ما جاء به الحديث ثم يعضي على رأيه هذا ويكون له فيه اتباع فيشيع هذا الرأي المخالف للسنة حتى اذا جاءهم علم بما روى في ذلك من حديث صحيح - وبخاصة بعد أن جمعت السنة ودوّنت - لم يعلموا به فلنا منهم ان خالفته فيما مضى من الزمن لم تكن إلا لناسخ جهلوه أو لعلة قادحة فيه أوجبت عدم العمل به فيستمرون لذلك على رأيهم ويستقر الخلاف بسبب ذلك بينهم وبين من تمسك بالسنة ممن وصل إليه علمها وهذا يعتبر ضرباً من التعصب للرأي إذ لا ينبغي أن يكون احتمال وجود الناسخ أو العلة القادحة بسبب حسن الظن فيمن لم يعمل بالحديث سبباً من أسباب ترك سنة رسول الله (ﷺ). وقد يكون عدم العمل به نتيجة لعدم العلم به وادعاء علم من مضى من الأئمة بجميع ما ورد من الرسول ادعاء ساقط، ولهذا انتقد ابر الحسن الكرخي من الحنفية لقوله بأن "كل نص جاء بخلاف ما روي عن أبي حنيفة وأصحابه فهو إما منسوخ أو مؤول"^١ إذ بذلك يعمل روايات مذهبه عن أبي حنيفة وأصحابه في منزلة فوق منزلة السنة وحاكمة عليها. ثم إن مثل هذا الزعم يتعارض مع اتجاه رؤساء المذاهب، فقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: "اتركوا قولي لكتاب الله"، فقيل له: فإذا كان خبر رسول

الله (ﷺ)؟ قال: "اتركوا قولِي خبر رسول الله، فقليل له: فإذا كان قول لأصحاب رسول الله؟ فقال: "اتركوا قولِي لقول أصحاب رسول الله".^١

وقال الشافعي رحمه الله: إذا صحَّ الحديث بخلاف قولِي فاضربوا بقولِي الحماط، وإذا رأيت الحجة موضوعة على طريق فهي قولِي.^٢ قال عبدالله بن أحمد قال أبي قال لنا الشافعي: إذا صحَّ لكم الحديث عن النبي (ﷺ) فقولوا لي حتى أذهب إليه.^٣

قال إمام أحمد: كان أحسن أمر الشافعي عندي أنه كان إذا سمع الخبر لم يكن عنده، قال به وترك قوله.^٤

ومن التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الاختلاف في العلم بالحديث الاختلاف في حكم البيع مع الشرط:

روى عن عبدالوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة، فقلت: ما تقول في رجل باع بيعا، وشرط شرطا؟ قال: البيع باطل، والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز، والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته فقال: البيع جائز، والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم علي في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قال، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن نبي الله (ﷺ) نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل فعدت إلى ابن أبي ليلى فأخبرته بما قال صاحبا فقال: ما أدري ما قال لك، حدثني هشام عن عروة عن أبيه عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: أمرني رسول الله (ﷺ) أن أشتري بريرة فأعتقتها،^٥ البيع جائز والشرط باطل.

^١ انظر أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٥٦ فما بعدها نقلا عن صاحب روضة العلماء.

^٢ قواعد التحديث ص ٣٥٢ اعلام الموقعين ٢/٣٦١

^٣ اعلام الموقعين ٢/٣٦٤

^٤ المرجع السابق.

^٥ مسألة بريرة هي: أنها ابوا بيعها لعائشة (رضي الله عنها) إلا أن يكون ولاؤها لم بعد عتقها وقد أشار عليها الرسول (ﷺ) بأن تشترط لم ذلك ليبيعهوها ولن يكون لهم الولاء لأنه شرط باطل، وعلى ذلك يمكننا أن نتبين نوع الشرط الذي استفتى فيه عبد الوارث الفقهاء الثلاث وذلك على أساس قياسهم إياه على شرط الولاء لغير من اعتق وعلى شرط انتفاع البائع بما باع بعد بيعه وأنه كان شرطا فيه منفعه لم يجر به عرف، ولم يرد به نص وأنه لذلك شرط مفسد للبيع عند أبي حنيفة

فعدت إلى ابن أبي ليلى فأخبرته بما قال أصحابه، فقال: ما أدري ما قالوا لك، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رضي الله عنها) قالت أمرني رسول الله أن أشتري بريرة فأعتقتها، البيع جائز والشرط باطل.

فعدت إلى ابن شبرمة فأخبرته بما قال أصحابه فقال: ما أدري ما قالوا لك؟ حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال: بعث النبي (ﷺ) بعبداً واشترطت حملته إلى أهلي^١ البيع جائز والشرط جائز.

وهكذا قد يرد في موضوع واحد عدة أحاديث ترى في ظاهرها متعارضة ومع ذلك لا يتصل علم الفقهاء بها جميعاً بل يعلم ببعضها فريق ويعلم ببعضها فريق آخر فيعمل كل بما علم منها فيكون الخلاف بينهم ثم يتبعهم من أتى بعدهم دون أن يرجعوا إلى ما روى من هذه الآثار فيتبينوا موضوع كل أثر منها وحل تطبيقه حتى يرتفع ما يظهر بينها من التعارض^٢.

فكان كل من الشرط والبيع باطلاً عنده بمعنى أنه لا يترتب على البيع معه أثر، وكان وحده باطلاً عند ابن أبي ليلى لا أثر له في صحة البيع ونفاذه قياساً على اشتراط عائشة (رضي الله عنها) الولاء لمن باعها بريرة، وكان صحيحاً جائزاً قياساً على ما شرط جابر على رسول، وليس من الجائز أن يكون ما روى من أنه (ﷺ) نهى عن بيع وشرط دالاً على بطلان أي شرط يشترط في عقد البيع فذلك لم يقل به أحد راجع أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الحنفية ص ٦٣.

^١ عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) أنه كان على حمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال فلحقني رسول الله (ﷺ) فدعا لي وضربه فسار سيراً لم ير مثله قال: يعني بأوقية؟ قلت: لا. ثم قال: بعته بأوقية واشترطت حملته إلى أهلي. الحديث رواه مسلم متفق عليه، سبل السلام ٩/٣.

^٢ الأستاذ الحنفية المرجع السابق.

المبحث الثاني

الاختلاف في فهم المراد

سبق أن بيّنا في الباب الأول أن اختلاف نصوص الكتاب والسنة في الدلالات كان من العوامل الرئيسية لاختلاف الفقهاء في فهم المراد منها وبالتالي في الأحكام الشرعية. وهنا أعود فأورد بعض المسائل الخلافية المترتبة على الاختلاف في فهم المراد من الحديث: لأن هناك عوامل أخرى شخصية تنضم إلى عوامل دلالات الألفاظ كالاختلاف في القابليات الإدراكية والمنزلة العلمية والقرب والبعد عن مصاحبة الرسول (ﷺ) وعهده. ولأن ما دار بحثه في الباب الأول كان يخص الأقوال فقط وأما الاختلاف في فهم المراد هنا فيشمل أقوال الرسول وأفعاله وتقريراته.

١- اختلاف الصحابة المبني على اختلافهم في فهم مراد الرسول (ﷺ) من قوله أو فعله:

١. عن ابن عمر (رضي الله عنه) عن النبي (ﷺ) قال: الميت يعذب في قبره ببكاء أهله بما يُنّاح عليه، متفق عليه.^١ ولما سمعت عائشة (رضي الله عنها) بذلك قضت عليه بالوهم وعدم فهم مراد الرسول (ﷺ) لأن الرسول مرّ على يهودية يبكي عليها أهلها فقال: إنهم يبكون عليها وإنها تُعذب في قبرها. فظنّ ابن عمر أن العذاب معلول للبكاء وظن الحكم عاماً يشمل كل ميت يبكي عليه أهله.^٢
٢. لما أراد الرسول (ﷺ) تطهير الدولة الإسلامية الفتية من فتنة بني قريظة، أمر أصحابه بالتوجه إليهم، وقال لهم: "لا يصلين أحدكم العصر إلا في بني قريظة". ثم توجه هو وأصحابه إليهم مسارعين وكانت عدتهم ثلاثة آلاف رجل، وقد أدرك جماعة منهم العصر في الطريق فصلوها به قبل وصولهم إلى بني قريظة، لأنهم فهموا من قول الرسول (ﷺ) أنه استحسن قصد به المسارعة في الذهاب، ولم يصلها آخرون إلا

^١ وللشيخين نحو حديث ابن عمر عن المغيرة بن شعبة سبل السلام ١١٦/٢.

^٢ الإنصاف في التنبيه على أسباب الخلاف للدهلوي ص ٥ المجموع للنووي ٢٦٣/٥.

في بني قريظة بعد مضي وقتها، لأنهم فهموا هذا النهي على حقيقته وأنهم نُهوا عن صلاة العصر خارج ديارهم على سبيل المجزم حتى يصلوا بني قريظة. وعلم رسول الله (ﷺ) بما فعلوا جميعاً فلم يَلْمُ فريقاً منهم، فكان ذلك أقراراً لاجتهاد كل فريق كما أجتهد.^١

٣. رَخَّصَ رسول الله (ﷺ) المتعة ثم نهى عنها. عن علي بن أبي طالب (ع) أن النبي نَهَى عَنْ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَعَنْ لُحُومِ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ زَمَنَ حَيْنَرٍ.^٢ وعن سلمة بن الأكوع (ع): رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) فِي مُتَعَةِ النِّسَاءِ عَامَ أَوَطَاسٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ نَهَى عَنْهَا. وراه مسلم.

ونكاح المتعة هو تزوج الرجل المرأة إلى أجل وقد كان ذلك مباحاً ثم نسخ. والروايات تدل على أنه أبيع بعد النهي ثم نسخت الإباحة.^٣

والحديث في الرواية الأولى يدل على النهي عنها يوم خيبر وقد وردت إباحتها عام الفتح ثم النهي عنها وذلك بعد يوم خيبر.^٤

ففهم ابن عباس أن الرخصة كانت للضرورة والنهي كان لانقضاء الضرورة لا للنسخ، فالحكم باق على ذلك.

وفهم جمهور الصحابة أن الرخصة كانت إباحة والنهي كان نسخاً لها. وقد قيل أن ابن عباس رجع عن قوله إلى قول الجمهور.^٥

٤. نزل النبي (ﷺ) بالأبطح^٦ عند نفر من الحجاج والنزول عن عرفة ورمل في طوافه في عمرة القضاء.

فاختلفوا هل فعلهما من مناسك الحج؟ وبذلك أخذ أبو هريرة وابن عمر لفعل النبي لهما.

ورأي ابن عباس وعائشة أن النزول بالأبطح كان غير مقصود، والرمل كان لإظهار الجلالة، لما قال المشركون على المسلمين: حطمتهم حمى يشرب، وليس من النسك.^٧

^١ انظر أسباب الاختلاف للأستاذ الحفيف ص ١٢١.

^٢ سبل السلام ١٢٥/٣.

^٣ المرجع السابق.

^٤ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١٩٣/٤-١٩٤.

^٥ المرجع السابق ١٩٤/٤.

^٦ الأبطح مسيل واسع بمزدلفة فيه دقاق الحصى ورمل.

ب- اختلاف الفقهاء لاختلافهم في فهم المراد من الحديث:

اختلف الفقهاء في فهم المراد من بعض الأحاديث فأدى بهم ذلك إلى الاختلاف في بعض المسائل الفقهية منها:

١. اختلفوا في انعقاد الجمعة بأقل من أربعين شخصاً، وذلك لما روى عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه من أنه قال: أول من جمع بنا هزم النبيت من حرة بني يياضة أسعد بن زارة قبل مقدم النبي (ﷺ) المدينة في نقيع الخضعات قلت: كم كنتم يومئذ؟ قال أربعون رجلاً.^١

واختلف الفقهاء في فهم المراد من قوله "أربعون رجلاً".

فذهب الشافعي وأصحابه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن الجمعة لا تنعقد بأقل من أربعين، قال النووي^٢: احتج أصحابنا بأحاديث كلها ضعيفة وأقرب ما يحتج به ما احتج به البيهقي والأصحاب عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك. وجه الاستدلال أن الأمة أجمعت على اشتراط العدد والأصل الظهر فلا تصح الجمعة إلا بعدد ثبت بدليل وقد ثبت جوازها بأربعين فلا يجوز بأقل منه إلا بدليل صحيح وقد ثبت أن النبي (ﷺ) قال "صلوا كما رأيتموني أصلي" ولم تثبت صلاته لها بأقل من أربعين.

وذهب الجمهور إلى خلاف ذلك فقالوا: لا يفهم من الحديث دلالة على اشتراط الأربعين، لأن هذه واقعة عين، وذلك أن الجمعة فرضت على النبي (ﷺ) وهو بمكة قبل الهجرة، كما أخرجه الطبراني عن ابن عباس، فلم يتمكن من إقامتها هنالك بسبب الكفار. فلما هاجر من هاجر إلى المدينة، كتب إليهم يأمرهم أن يصلوا الجمعة، فصلوا، واتفق أن عدتهم آنذاك كانت أربعين، فليس فيه ما يدل على أن من دون الأربعين لا تنعقد بهم الجمعة. وقد تقرر في الأصول أن وقائع الأعيان لا يحتج بها على العموم.

^١ تاريخ الفقه الإسلامي الأستاذ محمد إسحاق الحداد ص ٢٥ رمل: هرول في مشيه.

^٢ حديث حسن رواه أبو داود وابن ماجه وغرهما بأسانيد نيل الأوطار ٢٦٢/٣.

^٣ المجموع للنووي ١٣٢/٤.

غير أن الجمهور لم يتفقوا على عدد معين، فاختلّفوا فيما بينهم على التحديد، كُله حسب اجتهاده، حتى قال الحافظ في فتح الباري: بلغ الخلاف في هذه المسألة خمسة عشر مذهباً.

والواقع انه لم يثبت في شيء من الاحاديث تعيين عدد مخصوص.^١
٢. اختلف الفقهاء في فهم المراد من الاغلاق في قوله (ﷺ) "لا طلاق ولا عتاق في اغلاق" وفي رواية "في غلاق".

ذهب فريق الى ان المراد منه الغضب فقال بعدم وقوع طلاق الغضبان. وذهب فريق آخر الى ان المراد منه الإكراه، فقال بعدم وقوع طلاق المكروه. قال ابن القيم^٢ اختلف في الاغلاق فقال اهل المجاز هو الاكراه. وقال اهل العراق هو الغضب. وقالت طائفة هو جمع الثلاث بكلمة واحدة، فكأنه أغلق على نفسه باب الرجعة بجمع الثلاثة.

ومن فسره بالغضب: مسروق، والشافعي، والامام احمد، وابو داود، والقاضي اسماعيل. ومن الذين فسره بالإكراه المالكية، والشيعة الامامية^٣ والآخرين .

ومن البين أن حكم الإكراه يختلف مع الغضب، فالإكراه لا يقع به الطلاق عند الجمهور ويقع به عند الحنفية. وأما الغضب فإن له درجات، وقد قسمه بعض العلماء كابن القيم الى ثلاثة اقسام:^٤

أحدهما: أن يحصل للانسان مبادؤه واوائله بحيث لا يتغير عليه عقله ولا ذهنة ويعلم ما يقول فهذا لا اشكال في وقوع طلاقه وصحة عقوده ولا سيما اذا وقع منه وذلك بعد تردد فكره .

الثاني: أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والارادة فلا يعلم ما يقول ولا يريد، فهذا لا يوجد خلاف في عدم وقوع طلاقه، فاذا اغتال الغضب عقله، فلا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله .

^١ نيل الاوطار ٣/٢٦٢ ما بعدها سبل السلام ٥٦/٢.

^٢ اغاثة اللفهان ص ١١.

^٣ راجع الخلاف للطوسي ٢/٢٤٠.

^٤ اغاثة اللفهان ص ١١ ما بعدها

الثالث: من توسط في الغضب بين المرتبتين فتصدى مبادئه ولم ينته الى آخره، بحيث يصبح كالمجنون، فهذا موضع الخلاف وحل النظر، والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعقوده التي يعتبر فيها الاختيار والرضا.

٣. **اختلاف الفقهاء في جواز كراء مالك الأرض أرضه من غيره** بجزء مما يخرج بسبب اختلافهم في فهم المراد من الحديث الذي رواه عبدالله بن عمر (رضي الله عنهما) وهو ان النبي (ﷺ) عامل اهل خيبر بشطراً^١ ما يخرج من ثمر أو زرع^٢. متفق عليه^٣. وفي رواية: فسألوه أن يُقرّمهم بها على أن يكفّوا عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله (ﷺ) تُقرّمكم بها على ذلك ما شئنا. فقرّوا بها حتى أجلاهم عمر (رضي الله عنه). ولمسلم ان رسول الله (ﷺ) دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولرسول الله (ﷺ) شطر ثمرها^٤.

الاول: جواز هذه المعاملة (المزاعة) بناء على ظاهر هذا الحديث وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى وأبو يوسف وعبد الوهاب والشافعية والكوفة، باستثناء أبي حنيفة وزفر وفقهاء الحديث وأهل الظاهر. وهو رأي أبي بكر وعمر وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنه) من الصحابة^٥.

وهم فهموا من ظاهر هذا الحديث جواز المساقاة والمزاعة^٦ مجتمعين ومنفردين^٧.
الثاني: المنع من كراء الأرض بجزء مما يخرج منها وهو ما ذهب إليه الجمهور، فقالوا: لا تجوز المساقات ولا المزاعة الا في مدة العهد^٨، فلم تكن المدة مجهولة. وقالوا لا يدل الحديث على جواز المزاعة لأنها إجارة بشرة معدومة أو مجهولة^٩.

^١ الشطر هو النصف ويطلق على النحو كما في قوله تعالى (فولوا وجوهكم شطره).

^٢ أو هنا للتوزيع أو بمعنى الواو كما في رواية أخرى.

^٣ سبل السلام ٧٧/٣ فما بعدها.

^٤ سبل السلام ٧٨/٣.

^٥ راجع العدة مع احكام الاحكام ١٤/٤ سبل السلام ٧٨/٣

^٦ الفرق بينهما: ان المسافات دفع ارض وشجر لمن يقوم عليه وينميها بجزء منه او من الثمرة والمزاعة

دفع ارض لمن يزرعها بجزء منه العدة ١٤٠/٤.

^٧ المرجعان السابقان.

^٨ سبل السلام ٧٨/٣.

^٩ العدة ١٤٠/٤

الثالث: فهم جماعة كأبي حنيفة رحمه الله أن هذه المعاملة لم تكن على حقيقتها فهي مزارعة صورة فقط، لأن الأرض كانت قد ملكت بالاغتنام والقوم صاروا عبيداً فالأموال كلها للنبي (ﷺ)، لأن أرض خيبر فتحت عنوة، والذي جعل لهم منها بعض ماله لينتفعوا به لا على أنه حقيقة المعاملة، قال ابن دقيق العيد: وهذا يتوقف على إثبات أن أهل خيبر استرقوا، فإنه ليس بمجرد الاستيلاء يحصل الاسترقاق للبالغين.^١

الرابع: هو جواز المزارعة تبعاً للمساقاة وهو ما ذهب إليه الشافعي وأصحابه ومن وافقهم، وهم فهموا من الحديث أن المعاملة كانت مساقاة على النخيل والبياض المتخلل بين النخيل كان يسياً فتقع المزارعة تبعاً للمساقاة.^٢ ورجح ابن تيمية وابن القيم الرأي الأول من هذه الآراء.

أ- قال ابن تيمية ما خلاصته: الذين قالوا المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس، ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة، لأنها عمل بعوض والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، فلما رأوا العمل بهذه العقود غير معلوم والريح فيها غير معلوم، قالوا: تخالف القياس. وهذا من غلطهم، فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعارضات الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين. والمشاركات جنس غير جنس المعارضة.

ثم وضع ابن تيمية ذلك بقوله: إن العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع: أحدها: أن يكون العمل مقصوداً معلوماً مقدوراً على تسليمه فهذه الإجارة اللازمة.

والثاني: أن يكون العمل مقصوداً لكنه مجهول أو غرر، فهذه الجمالة. الثالث: ما لا يقصد فيه العمل، بل المقصود المال، وهو المضاربة، وهي مشاركة، فهذا ينفع بدنه وهذا ينفع ماله، وما قسم الله من الربح كان بينهما على

^١ أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ١٤١/٤.

^٢ واختلف الفقهاء فيما تجوز فيه المساقاة من الأشجار فقال داود الظاهري لا تجوز إلا في النخل وقال الشافعي وأصحابه يجوز في النخل والعنب فقط وقال مالك تجوز على جميع الأشجار وقال أبو حنيفة وزفر المزارعة والمساقاة فاسدتان، سواء كانتا معاً أم متفرقتين، وقال العقد يفسخ، العدة مع أحكام الأحكام ١٤٠/٤.

الشيوع، ولهذا لا يجوز أن يخص أحدهما بريح مقدر، لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة من اشتراكهما في الغنم والغرم، فإن حصل ربح اشتراكا في المغمم وإن لم يحصل اشتراكا في الحرمان، فكذلك في المزارعة: إن حصل النزر اشتراكا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتراكا في الحرمان، وهذا أقرب إلى العدل وأبعد من الظلم في الإجازة والأصل في العقود جميعها العدل إلى آخره.^١

ب- كذلك دافع ابن القيم عن جواز المزارعة مجتمعة أو منفردة.

فقال: في قصة دليل على جواز المساقات والمزارعة بجزء من الغلة من ثمر أو زرع فإنه عامل أهل خير على ذلك واستمر ذلك إلى حين وفاته، ولم ينسخ البتة، واستمر عمل الخلفاء الراشدين عليه وليس هذا من باب المأجرة في شيء بل من باب المشاركة وهو إلى المضاربة سواء، فمن أباح المضاربة وحرم ذلك فقد فرق بين متماثلين إلى آخره.^٢

ويبدو لي أن ما ذهب إليه هذان الفقيهان العظيمان من اعتبار المزارعة من باب المشاركة هو رأي سديد يجب الأخذ به، لأن المزارعة تعني مشاركة صاحب الأرض بأرضه فقط، أو مع البذر، ومشاركة الطرف الآخر بعمله فقط، أو به والبذر، وهما يتشاركان في المغمم والمغرم. ولا تعني المشاركة سوى ذلك.

ثم إن هذه المعاملة - كما قال ابن تيمية - تحقق العدالة أكثر من الإجازة، لأن مستأجر الأرض إذا أصيب زرع بأفة سماوية، لا يسقط التزامه بدفع الأجرة إلى صاحب الأرض، فهو إلى جانب خسارته المادية يبقى ملتزماً بمقتضى العقد، بخلاف المشاركة، فإن الأطراف شركاء في الربح والخسارة.

٤. اختلف الفقهاء في قطع يد جاحد العارية وتطبيق عقوبة السرقة عليه بسبب اختلافهم في فهم الحديث الذي رواه ابن عمر (رضي الله عنه): كانت مخزومية تستعير المتاع وتجهده فامر النبي (ﷺ) بقطع يدها.^٣

ذهب الامام احمد واسحاق وزفر واهل الظاهر والخواج إلى انه تقطع يد جاحد العارية لأن المجدد داخل في إسم السرقة بموجب الحديث المذكور.

^١ راجع القياس في الشرع الاسلامي لابن تيمية ص ٧ فما بعدها.

^٢ زاد المعاد لابن القيم ١٤٣/٢.

^٣ رواه احمد والنسائي وابو داود وقال: فامر النبي (ﷺ) فقطعت يدها. انظر نيل الاوطار ٨/١٤٧.

وذهب الجمهور الى عدم وجوب القطع لمن جحد العارية.

وسبب الخلاف: اختلافهم في فهم النص:

فمن فهم من الحديث ان امر النبي (ﷺ) بالقطع كان لجحد العارية كما هو ظاهر الحديث قال بقطع جاحد العارية.

ومن فهم منه غير ذلك قال: ان الرسول إنما أمر بقطع يد المخزومية، لأنها ارتكبت جريمة السرقة فعلا الى جانب جحدها لما أستعارته، لأنها وصفت في بعض الروايات بأنها سرقت فأمر الرسول بالقطع لسرقتها.

ففي رواية عائشة (رضي الله عنها) قَالَتْ: كَانَتْ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةً تَسْتَعِيرُ الْمَتَاعَ وَتَجْعِدُهُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ (ﷺ) بِقَطْعِ يَدِهَا، فَأَتَى أَهْلَهَا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ فَكَلَّمَهُ، فَكَلَّمَ النَّبِيَّ (ﷺ) فِيهَا، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ (ﷺ): يَا أُسَامَةُ، لَا أَرَاكَ تَشْفَعُ فِي حَدِّ مَنْ حُدِّدَ اللَّهُ (ﷻ)، ثُمَّ قَامَ النَّبِيُّ (ﷺ) خَطِيبًا فَقَالَ: إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِأَنَّهُ إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ قَطَعُوهُ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ، لَقَطَعْتُ يَدَهَا. فَقَطَعَ يَدَ الْمَخْزُومِيَّةِ.^١

^١ انظر نيل الاوطار المرجع السابق.

البحث الثالث

الاختلاف في قيام التعارض ودفعه

ان سنة رسول الله (ﷺ) خضم زاخر لا يحيط بشاطئه انسان اذهي عبارة عن كل ما صدر عنه من قول او فعل او تقرير طوال مدة بعثته التي استمرت ثلاثة وعشرين عاما. وقد تعددت المناسبات التي صدرت فيها واختلفت المصالح التي تقررت احكامها رعاية لها.. ولذا فان المسألة الواحدة يرد بشأنها حديشان متعارضان، أحدهما قيل في مناسبة، والثاني في مناسبة تختلف عنها في الظاهر، أو يكون أحدهما صدر رعاية لمصلحة كانت قائمة وقت صدوره ثم زالت واستجدت مصلحة أخرى اقتضت حكماً جديداً، هو ما تضمنته الحديث الثاني، فيكون ناسخاً للأول. ثم تُنسى المناسبات، أو يُجهل التاريخ، أو يصل أحد الحديثين الى فقيه والآخر الى آخر، وبذلك ينشأ الخلاف بينهما في حكم المسألة.

التعارض:

لغة: التمانع. فالمعارضة الممانعة على سبيل التقابل.^١

واصطلاحاً: اقتضاء أحد الدليلين الظنيين ثبوت أمر والآخر انتفائه، ظاهراً في محل واحد في زمان واحد.^٢

فلا تعارض بين القطعيين لامتناع وقوع المتنافيين، ولا بين قطعي وطني لعدم تساويهما في القوة، ولا بين ظنيين في الواقع ونفس الأمر إذا لا تعارض في الواقع ونفس الأمر بين الأدلة الشرعية^٣، وإنما التعارض بالنسبة الى نظرنا، ولا تعارض بين نصين أحدهما يقتضي حل المنكوحة والآخر حرمة أمها لعدم اتحاد المحل، ولا بين نصين أحدهما يقتضي حل التمتع بالزوجة وقت الطهر والآخر يقتضي حرمتها عند الحيض لعدم اتحاد الزمان.

^١ فتح الغفار ١١٠/٢. الكشف مع البزوري ٧٩٦/٣.

^٢ راجع المراجعين السابقين.

^٣ انظر ابن السبكي جمع الجوامع ٢٢٦/٢ فما بعدها.

دفع التعارض:

تختلف وجهات نظر الفقهاء في دفع التعارض بين الأحاديث الواردة في المسألة الواحدة. لذا يعتبر هذا الموضوع من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية. ولكن هناك مبادئ عامة اتفقت كلمة العلماء من الفقهاء والأصوليين على اتباعها في دفع التعارض وهي:

- ١- محاولة الجمع بين الحديثين والعمل معاً إذا أمكن ذلك.
- ٢- ان امتنع الجمع بينهما بوجه من الوجوه وعلم التاريخ فالثاني يعتبر ناسخاً للاول كحديث النهي عن المتعة مع حديث الرخصة فيها. فقد اجمع جمهور المسلمين على نسخ المتعة لشبوت تاخر حديث النهي عنها عن حديث اباحتها وقد سبق ذلك .
- ٣- وان لم يكن الجمع بينهما ولم يعلم التاريخ يرجع الى غيرهما لترجيح احدهما على الاخر.

المرجحات:

الترجيح: لغة جعل الشيء راجحاً.

وفي الاصطلاح هو بيان الرجحان في القوة لأحد المتعارضين على الآخر وتقديم الراجح على المرجوح. وعليه رأي الجمهور عند مقابلة الراجح ليس دليلاً فليس في اهماله افعال دليل وبالمرجحات يمكن التخلص من التعارض بين الدليلين، ولا تفاق الصحابة والسلف على تقديم بعض الأدلة الظنية على البعض اذا اقرن به ما يقوى على معارضته، فانهم قدموا خبر عائشة (رضي الله عنها) في إيجاب التقاء المحتانين للفصل على خير من روى ان لا ماء إلا من الماء.^١ وقال البعض: الواجب عند التعارض التوقف او التخيير دون الترجيح لقوله تعالى ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾ فقد أمر الله بالاعتبار والعمل المرجوح اعتباراً. ولقوله (ﷺ) "نحن نحكم بالظاهر" والحكم بالظاهر ولان الامارات الظنية لاتزيد على البيئات والترجيح غير معتبر في البيئات حتى لم ترجح شهادة الاربعة على شهادة الاثنين فكذا الامارات.^٢

^١ كشف الاشرار مع البزدوري ١١٩٦/٣.

^٢ كشف الاسرار المرجع السابق.

ونناقش هذه الأدلة بما يلي:

- أ- ان مقتضى الآية هو وجوب النظر وليس فيها ما ينافي القول بوجوب العمل بالراجح.
- ب- وعن الاحتجاج في السنة يقال: المرجوح ليس ظاهرا، بل الظاهر هو ما ترجح أحد طرفيه على الآخر، والمرجوح مع الراجح ليس كذلك.
- ج - وعدم تقديم شهادة الأربعة على شهادة الإثنين، لأن شهادة الإثنين علة تامة للحكم. ولا اريد ان أدخل في تفاصيل أوجه الترجيح والمرجحات وبيان حصرها أو عدم الحصر، لأن ذلك موضوع قد عولج في محله من كتب الأصول. وإنما الذي يهمنا في هذا البحث هو إيراد نموذج منها مع الإشارة الى أن اختلاف وجهة أنظار الفقهاء في تلك المرجحات كان سببا من أسباب اختلافهم في الأحكام.
- والترجيح قد يكون من جهة السند، وقد يكون من جهة المتن، وقد يقع باعتبار امر خارج.

الترجيح باعتبار السند:

ولترجيح حديث على آخره - باعتبار السند - عند التعارض الظاهري أسباب منها مايلي:

- ١- كبر سن الراوي: فإذا كان أحد الراويين أكبر سنا يقدم حديثه على حديث من هو أصغر عند المالكية ومن وافقهم. لأن الكبير سنا أثبت وأضبط لما يرويه.
- كاحتجاج المالكية ومن معهم على أن الأفراد بالحج أفضل بحديث ابن عمر أن رسول الله (ﷺ) أفرد بالحج حين أحرم^١.
- وقال الحنيفة ومن وافقهم: هذا معارض بحديث أنس انه سمع رسول الله (ﷺ) يلبي الرؤوس والعمره معا^٢.
- وقال المالكية: ان ابن عمر كان في حجة الوداع كبيرا وكان أنس صغيرا فكانت رواية ابن عمر أرجح. وقد روى الثقات عن زيد بن أسلم وغيره: ان رجلا أتى ابن عمر فقال: يا أبا عبد الله (ﷺ) فقال: لم تأت العام الأول؟ فقال: بلى ولكن أنس بن مالك زعم أنه قرن، فقال ابن عمر: إن أنس بن مالك كان يؤكل على النساء، وهن مكتشفات الرؤوس، وإني كنت تحت ناقه رسول الله (ﷺ) يمسنى لعابها، اسمعه يلبي^٣.

^١ روته عائشة عن النبي متفق عليه، سبل السلام ١٨٨/٢.

^٢ مفتاح الوصول في علم الأصول للتلسماني ص ١٤٦. المسودة ص ٣٦٠.

^٣ التلسماني ص ١٤٦-١٤٧. المسودة ص ٣٠٦.

٢ - أن يكون الراوي مباشراً للقصة بنفسه فروايته أرجح من غير المباشر لأن المباشر أعرف وأثبت بما باشر.

كترجيح الجمهور رواية أبي رافع على رواية ابن عباس . قال أبو رافع: تزوج رسول الله (ﷺ) ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا السفير بينهما^١. وقال ابن عباس: تزوجها وهو عرم^٢.

وجه الترجيح عند الجمهور هو أن أبا رافع باشر القصة فهو أولى^٣. وكذلك احتجوا بحديث ميمونة وهي صاحبة الواقعة، فقالت تزوجني رسول الله (ﷺ) ونحن حلالان. فقالوا: يُرجح هذا على حديث ابن عباس أيضاً. ورجَّح الحنفية ومن وافقهم رواية ابن عباس لكمال ضبطه وفقهه، وبنوا على ذلك قولهم بعدم كون الإحرام من موانع صحة النكاح.

٣ - أن يكون أحد الراويين أكثر صحة فهو أولى ويقدم حديثه على من هو أقل صحة. كترجيح المالكية ومن وافقهم حديث عائشة وأم سلمة: "أن رسول الله (ﷺ) كان يصبح جنباً من غير احتلام ثم يصوم"^٤، على حديث أبي هريرة: أن رسول الله (ﷺ) قال: من أصبح جنباً فلا صوم له^٥.

وسبب الترجيح: إن الأدم صحة أعرف بما يدوم من السنن وما لا يدوم، ولذلك لما بعث مروان بن الحكم إلى أبي هريرة من يرد عليه ما روى بحديث عائشة وأم سلمة، قال أبو هريرة: أهما قالتاه لك؟ قال نعم، قال أبو هريرة: هما أعلم^٦. وأخذ الشيعة الإمامية بمقتضى حديث أبي هريرة وقالوا: من أصبح جنباً متعمداً من غير عذر، فلا صوم له وعليه القضاء والكفارة^٧.

^١ أخرجه الترمذي وفيه وكنت الرسول بينهما، وصححه ابن خزيمة وابن حبان نحوه الدار قطني، وأرسله مالك.

^٢ أخرجه الشيخان: وفي رواية البخاري وبنى بها حلال. وأخرجه الدار قطني.

^٣ كشف الاسرار مع البزدوي ٧١٧/٢. فتح القدير ٢٣٣/٣.

^٤ أخرجه الشيخان بزياده في رمضان. وفي رواية جنابة من جماع، متفق عليه وزاد مسلم بحديث أم سلمة ولا يقضى، سبل السلام ١٦٥/٢.

^٥ أخرجه النسائي ونحوه مسلم.

^٦ التلمساني المرجع السابق .

^٧ الخلاف للطوسي ٣٨٠/١.

وكذلك رجّح جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء حديث عائشة في وجوب الغسل بالتقاء الختانين على ما رواه عثمان بن عفان من حديث "الماء من الماء". فقد ورد عند مسلم بلفظ (إنما الماء من الماء)، والحديث يدل بمفهوم الحصر على أنه لا غسل إلا من الإنزال، ولا غسل من التقاء الختانين. واليه ذهب داود الظاهري وبعض الصحابة وجماعة من التابعين. وقد سئل عثمان بن عفان (رضي الله عنه) عن يُجامع امرأته ولم يمن، فقال يتوضأ للصلاة ويغسل ذكره. وقال: سمعته من رسول الله (ﷺ).^١ وبمثله قال علي والزبير وطلحة وأبي بن كعب وأبو أيوب ورفعاه إلى رسول الله.^٢

والراجح هو قول الجمهور، وذلك لأن هذا المفهوم يعارضه حديث عائشة (رضي الله عنها) بمنطوقه. وهي أثبت من عثمان بن عفان وغيره من رواة الحديث من الصحابة، بسبب كثرة مصاحبتها للرسول. كما أنه معارض أيضاً بحديث أبي هريرة من أنه قال: قال رسول الله (ﷺ) إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل.^٣

٤ - كثرة رواية أحد الطرفين كترجيح المالكية والشافعية ومن وافقهم حديث إيجاب الوضوء لمن مسّ ذكره على حديث طلق بن علي وهو قوله (ﷺ) "إنما هو بضعة منك".^٤

فقال المالكية والشافعية ومن معهم: إن حديث إيجاب الوضوء رواه هريرة، وابن عمر، وزيد بن خالد وسعد بن أبي وقاص، وجابر بن عبد الله وعائشة وأم سلمة وأم حبيبة وغيرهم. فقالوا: وما كان أكثر رواية كان أرجح. وقال الحنفية ومن وافقهم: لا ترجيح بكثرة الرواية، لأنه إذا لم يبلغوا حد التواتر أو الشهرة لا يحدث وصف في الخبر يتقوى به بل هو في خبر الآحاد كما كان، فأما إذا بلغ حد التواتر أو الشهرة، فقد حدث فيه وصف يُقوى به حيث يُقال خبر مشهور ومتواتر فيعتبر هذا الكثرة في الترجيح دون

^١ رواه البخاري . راجع سبل السلام ٨٥/١.

^٢ المرجع السابق.

^٣ متفق عليه وزاد مسلم وإن ينزل . المرجع السابق.

^٤ عن طلق بن علي قال: قال رجل مست ذكرى أو قال رجل لمسّ ذكره في الصلاة أعليه وضوء؟ قال النبي (ﷺ) إنما هو بضعة منك. أخرجه الخمسة وابن حبان. وهذا الحديث يتعارض مع حديث بسرة (كانت من المبايعات للرسول) أن رسول الله (ﷺ) ((قال من مسّ ذكره فليتوضأ)) أخرجه الخمسة وصححه ابن حبان، سبل السلام ٨٨/١ - ٨٩.

الأولى^١ ولم يعملوا بحديث بسرة لأنه آحاد مع أنه ورد فيما يعم به البلوي.
 ٥ - أن يكون أحد الراويين لم يقتلف الرواية عنه بخلاف الآخر: كترجيح حديث ابن عمر: "أن رسول الله (ﷺ) قال: إذا زادت الإبل عشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة"^٢. على حديث عمرو بن حزم أن النبي (ﷺ) قال: إذا زادت الإبل على عشرين ومائة استؤنفت الفريضة^٣. فانه قد روي عن عمرو بن حزم مثل روايه ابن عمر^٤.
 وبهذا أخذ الشافعية ومن وافقهم، فرجحوا حديث ابن عمر على حديث عمرو بن حزم لاختلاف رواية الثاني دون الأول.
 وذهب الحنفية ومن وافقهم الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لأن فيه زيادة ولا يوجد في حديث ابن عمر ما ينفي تلك الزيادة^٥.

الترجيح باعتبار المتن:

وللترجيح من ناحية المتن أسباب كثيرة منها:

- ١ - أن يكون أحد المتنين قولاً والآخر فعلاً، فإن القول يُرجح على الفعل عند بعض الفقهاء. كاحتجاج المالكية ومن وافقهم بحديث عثمان، قال رسول الله (ﷺ) ((لا ينكح المحرم ولا ينكح))، وترجيحه على حديث ابن عباس أن رسول الله نكح ميمونة وهو محرم. وذلك لأن الفعل يحتمل الخصوص^٦.
- ٢ - أن يكون أحد المتنين دالاً بمنطوقه والآخر بمفهومه، فيُقدم الدالّ على الحكم بالمنطوق على الحديث الدالّ عليه بالمفهوم عند بعض، كترجيح الحنفية ماروي أن رسول الله (ﷺ) قال: ((الجار أحق بشفعة جاره))، على مفهوم قوله (ﷺ) ((الشفعة فيما لم

^١ راجع كشف الأسرار مع البردوري ١١٩٩/٣.

^٢ أخرجه أبو داود والنسائي والدارقطني واحداً، ورواه البخاري . سبل السلام ١٢٢/٢.

^٣ أخرجه أبو داود في المراسيل والطحاوي في المشكل .

^٤ التلمساني ص ١٥٠.

^٥ الهداية مع فتح القدير ١٧٧/٢. فمابعداها. المذهب للشيرازي ١٤٥/١. واستثناف الفريضة يعني اذا

زادت عن مائة وأربعين فيكون بالنسبة إلى الزيادة في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي الخمسة عشر ثلاثة شياء وهكذا.

^٦ راجع التلمساني ص ١٥٢.

العمل بالعام الوارد على السبب في غير السبب.^١

الترجيح باعتبار أمر خارجي:

كأن يكون أحد الدليلين موافقاً لدليل آخر، والدليل الذي يعارضه لا يؤيده دليل، فيُتقدم الأول على الثاني.

وكأن يكون أحدهما عمل بمقتضاه الخلفاء الأربعة أو علماء المدينة والآخر ليس كذلك. وكأن يتعارض مؤولان ودليل تأويل أحدهما راجع فيقدم على الآخر. وكأن يذكر أحدهما الحكم مع العلة، فيُتقدم على ما ذكر فيه الحكم فقط. وكأن يكون أحدهما موافقاً للقياس والآخر مخالفاً له.. الى غير ذلك من المرجحات الأخرى المذكورة في كتب الأصول.^٢

ومن المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في دفع التعارض لأمر خارج: اختلاف الفقهاء في قتل المرأة المرتدة حداً، وسبب الخلاف هو تعارض قوله (ﷺ) ((مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ))^٣ مع حديث ((نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ) عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ))^٤. فالحديث الأول يدل على ان من كان مسلماً وكفر، يُضرب عنقه، رجلاً كان أو امرأة، إلا إذا كانت حاملاً، فتؤخر حتى تضع ما في بطنها، وإذا لم تجد من يُرضعه أُخِرت حتى يتم فطامه. والثاني يدل على النهي عن قتل النساء مطلقاً، سواء كانت مرتدة أو غيرها.

لا قتل للمرتد غير المفسد، لكن يُقتل المفسد حماية للعقيدة من العبث والفساد، ومنعاً للبلبلة وإثارة الفتن بين الجماعات والأفراد، حتى لا تشيع الفوضى ويقتل نظام الحياة، بما يحدث من آثار نفسية وعقائدية، وما يترتب على ذلك من اضطراب في نظام الأسرة ومسائل الأحوال، فكان في تشريع حد الردة ما يقضي على كل هذه المفاصد ويحتملها.

^١ راجع جمع الوصول الى علم الاصول للتمساني ص ١٥٣-١٥٤.

^٢ راجع جمع الجوامع بشرح الجلال اهلبي مع حاشية البناني ٢/٢٢٩. فما بعدها طلعة الشمس مع شمس الاصول ٢/٢٠٨. فما بعدها شرح التوضيح على التنقيح مع الحواشي ٣/٤٣. فما بعدها المسودة ص ٣٠٦ فما بعدها.

^٣ رواه البخاري وابو داود.

^٤ متفق عليه، سبل السلام ٥٠/٤.

الحلال في قتل المرتدة كما يلي:

ذهب جمهور الفقهاء الى قتلها لتوفر حكمة الحكم فيها، ولعموم قوله (ﷺ) ((مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ)) ولقوله (ﷺ): ((لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ إِلَّا بِأَحَدٍ ثَلَاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالتَّنَفُّسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّشَارِكُ لِدِينِهِ الْمَفَارِقِ لِلْجَمَاعَةِ)).^١ ولأنه (ﷺ) أمر باستتابة أم مروان، فإن تابت وإلا قُتلت.^٢

ولأن المراد من الحديث الثاني النهي عن قتل النساء الحرييات لعدم قدرتهن على القتال كالرجال. ولأن الإسلام لا يبيح القتل في المعارك الا في أضيق دائرة، لذا نهى عن قتل الأعمى، والزمن، والكهنة العاكفين في الصوامع وغير ذلك. وبهذا رجحوا الحديث الأول وأخذوا بعمومه.

وذهب الحنيفة ومن وافقهم الى عدم قتل المرتدة وترجيح الحديث الثاني، فقالوا: انها تستتاب، فإن لم تتب حُسبت، لثبوت النهي عن قتلها، فهي بمثابة الكافرة الأصلية، فإذا كانت الكافرة الأصلية بوضع رفق فالمرتدة الطارئة الكفر بدار الإسلام أولى بالرفق تمكينا لها من العودة إلى حظيرة الإسلام.

ولأن النبي (ﷺ) نهى عن قتل النساء والصبيان في الحروب . ولأحاديث أخرى منها ما رواه أبو هريرة من ان امرأة ارتدت في عهد رسول الله، فلم يقتلها. وما رواه الطبراني في المعجم الكبير، من أن رسول الله قال لمعاذ بن جبل: ((أَيُّمَا رَجُلٍ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادَّعُهُ، فَإِنْ تَابَ فَاقْبَلْ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَتُبْ فَاضْرِبْ عَنْقَهُ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادَّعُهَا، فَإِنْ تَابَتْ فَاقْبَلْ مِنْهَا وَإِنْ أَبَتْ فَاسْتَبِقْهَا)).

ومعنى هذا، كما جاء عن ابن عباس وغيره، أنها تُحبس في السجن حتى تموت أو تتوب. وإلى جانب ذلك فان الحدود تدرأ بالشبهات إجماعاً. وجُملة القول إن الأحاديث التي وردت بشأن قتل المرتدة، لم يعتمد عليها أبو حنيفة ومن وافق رأيه، بل اعتمد على هذه الأحاديث والآثار المذكورة أعلاه. ولأن حديث النهي عن قتل النساء موافق للقياس.

والراجع من وجه نظري هو قول الجمهور لقوة أدلتهم ولأن المفسد المتوقع من الارتداد لا يتغير جوهرها بالذكورة والأنوثة.

^١ رواه البخاري، فتح الباري ١٥/٢٢٠ ورواه مسلم تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ٣/١٣٠.

^٢ رواه الدار قطني.

الباب الثالث

اختلاف الصحابة والتابعين في الأحكام الشرعية تبعاً لاختلافهم في المصادر التبعية

يتضمن هذا الباب اختلاف فقهاء
الصحابة والتابعين في الاجتهاد بالرأي عن
طريق المصادر التبعية.
ويشتمل على فصلين:
الأول في اختلاف فقهاء الصحابة.
والثاني في اختلاف فقهاء التابعين.



الفصل الاول
اختلاف الصحابة في العمل
والاعتداد بالمصادر التبعية
وأثر ذلك في اختلافهم في الأحكام

ويحتوي هذا الفصل على مباحث ثلاثة:



البحث الاول

مصادر التشريع في عهد الراشدين

(١١-٤٠هـ)

أي من ارحال الرسول (ﷺ) الى الرفيق الأعلى الى انتهاء خلافة الراشدين. وذلك لأنه يكاد يكون النشاط الفقهي في هذه الفترة قصراً على الصحابة، لتوفر عدد كثير من المجتهدين منهم الذين صاحبوا الرسول (ﷺ) وفهموا ونقلوا كثيراً من الاحكام عنه. وبعد انتقال الرسول الى الرفيق الأعلى: حدثت وقائع لم يكن لهم بها سابق عهد ولم يرد في كثير منها نص لانقطاع الوحي، وكانت تلك الوقائع على جانب كبير من الأهمية والخطورة. فطلب الأمر درجة عالية من بعد النظر ودقة الفهم وسعة الإدراك لمرامي الشريعة ومقاصدها، وأسرار التشريع في علاج هذه المشاكل، ومواجهة تلك الأحداث بحزم وحكمة، إذ كل ما يتقرر بشأنها من حل سيؤثر على كيفية حياة المسلمين في مستقبلهم. وقد كان من عناية الله بهذه الأمة ان هياً للتصدي لتلك المهمة الجليلة اولنكم الصفوة من حوارى رسول الله (ﷺ) الذين لازموه وتلقوا عنه ما أوحى إليه به، وعسره في عقولهم وقلوبهم بدرجة اعتبر عصرهم امتداداً لعصر الرسالة، حتى شاع لمن أتى من التابعين أن يُطلقوا على أقوالهم وأفعالهم نفظة السنة.

تطور الفقه بعد الرسول (ﷺ):

سبق في البحث التمهيدي أن تعرضنا بشكل موجز لتطور الفقه في عهد الصحابة والتابعين وقلنا: إن التطور أمر طبيعي لكل فقه وقانون. ويظهر للباحث ان هذا التطور كان ضرورة لا معدى عنها، وإنه من صنع طبيعة الفقه نفسه ومن طبيعة الحياة كذلك.

ويعزى تطور الفقه بعد الرسول (ﷺ) الى عوامل أهمها ما يلي:

١. تطور الحياة وتجدد الحوادث:

ان أفعال المكلفين متجددة غير متناهية تنمو وتزيد وتتسع هنا وهناك في كل زمان وفي كل مكان. وهذا التجدد المستمر يستتبع وقائع وحوادث جديدة كل يوم ان لم تكن كل ساعة.

وكم من فرق بين الحياة المحدودة في الجزيرة العربية في عهد الرسالة وبين حياة كان يحياها أصحاب الرسول في الأقطار والأمصار الدانية والنائية في عالمهم الجديد الذي فتحه الله عليهم.

وما أوسع الفرق بين تلكم الأيام التي خلت وبين هذه الأيام التي نحن نعيش فيها.. ولا ندري كيف ستكون الحياة في عهود الأجيال القادمة؟

هذه التطورات والاختلافات النابعة من طبيعة الحياة كانت تتطلب من الصحابة الكرام تشريعات تناسبها على الاقترج عن نطاق روح الشريعة الإسلامية.

٢. اتساع رقعة الدولة الإسلامية:

استمد سلطان الإسلام الى ما وراء حدود الجزيرة العربية، وخضعت له أمم مختلفة وشعوب متباينة في مصر والعراق والشام وغيرها.. وكانت هذه الأقطار ذات حضارة ومدنية عريقة كحضارة الفرس في فارس العراق، وحضارة الرومان في مصر والشام وغيرها..

وكانت لهذه البلاد عادات وأعراف لم تكن معهودة لدى العرب، وكان لها من النظم في شؤون المال والإدارة والزراعة.. ما لم يكن معروفا في الجزيرة العربية.

وبذلك واجه فقهاء الصحابة في هذه الأقطار مسائل كثيرة في مختلف شؤون الحياة، تحتاج إلى تشريع لم يكونوا يحتاجون إليه في الجزيرة العربية، ثم هذه الحروب المتوالية، والفتوحات المتتابة، كانت تتطلب وضع قواعد دولية لحقوق المحاربين وأسرى الحرب والمعاهدات وغيرها من الشؤون الدولية والحربية.. وتقعيد القواعد الدستورية للشعوب المفتوحة تحدد حقوقهم السياسية والاجتماعية والثقافية والدينية... وتبين واجباتهم تجاه الدولة الجديدة.

لهذا بل ولاكثر من هذا أخذ الفقه الإسلامي يطور خطواته الواسعة الأولى بعد وفاة الرسول (ﷺ)، بل بعد خلافة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وانتشار أصحاب الرسول الله (ﷺ)، لتنظيم الحياة العملية وتقنين قوانين وأحكام شرعية تشمل كل مجالات الحياة.

٣- خلود الشريعة وطابعها العام:

أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. وكان من تمام نعمة الله على الناس ومن مظاهر حكمته في خلقه بعد أن تغطى العقل البشري دور البدائية، وتهياً الفكر للتدرج في مراقبي الحياة: أن يكون الإسلام خاتم الشرائع، وأن يكون وطيد البنيان كامل النظام رائع المظهر سامي الأغراض وافيّاً بم حاجات الأفراد والجماعات عادلاً من غير إفراط وسهلاً بلا تفريط، صالحاً لكل زمان ومكان كاشفاً للناس من نواحي الخير وداعياً إلى سعادة الدارين وسائراً مع ركب الحضارة البشرية شريطة فهم مقاصده وإدراك المصالح التي شرعت أحكامها لأجلها.

٤- تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع:

يقول الشهرستاني - وهو بصدد بيان ضرورة الاجتهاد وتطوير الفقه الإسلامي في كل عصر-: نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل المحصر والعد، ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد^١.

إقرار الاجتهاد من الرسول (ﷺ):

مارس الرسول بنفسه بعض العمليات الاجتهادية في القضايا الدنيوية، فمثلاً: في الأمور الزراعية قال: لأصحابه "أنتم أعلم بشؤون دنياكم"، بعد أن نهاهم باجتهاده عن تأييد "تلقيح" النخل، وظهر عدم صلاح الشر بدون التلقيح. وفي القضايا العسكرية: اجتهد في تحديد المكان لمواجهة العدو في معركة بدر الكبرى، ثم قال الحباب بن منذر: أهذا منزل أنزلك الله به فلا تعدل عنه، أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال: بل هو الرأي والحرب والمكيدة. فأشار الحباب إلى مكان آخر أكثر ملائمة من الناحية الحربية، فوافق على ذلك وعدل عن اجتهاده.

^١ انظر الملل والنحل للشهرستاني مع الفصل لابن حزم ١٦٠/٢

وفي الشؤون السياسية: لم يقتل زعيم المنافقين عبدالله بن سلول حتى لا يُقال أن محمداً يقتل أصحابه.

وتأكيداً لحكمة الاجتهاد وأهميته في الحياة العملية، قد حجب الله عن نبيه (ﷺ) الحل الأمثل في بعض الوقائع كما ذكرنا، لإفهام الناس أن الخطأ في الاجتهاد بعد تحري الصواب ليس محل المأخذة، وعلى هذا الأساس قال (ﷺ) ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ))^١.

أما في الأمور الدينية: فإنه (ﷺ) كان خاضعاً للوحي كما صرح بذلك القرآن الكريم ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٢).

فالرسول أقر اجتهاد أصحابه في حياته، بل أرشدهم إلى ممارسته، علماً منه بأنهم سوف يواجهون بعد وفاته أحداثاً لا يجدون حكمها صراحة في الكتاب والسنة، فهذا معاذ بن جبل وأبو موسى الأشعري حينما أرفدهما لليمن قال لمعاذ: بماذا تحكم؟ قال: أحكم بكتاب الله. فقال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: أحكم بسنة رسول الله، قال إن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: اجتهد برأي ولا ألو، فقال (ﷺ) الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله.

فهذا من رسول الله (ﷺ) دليل على عدم جواز الركون إلى الجمود، وعلى وجوب اللجوء إلى الرأي إذا اقتضى الأمر استخدامه.

ولم يكتف الرسول بذلك، بل كان قد يقر أصحابه على رأيين متعارضين، حتى يكون ذلك دليلاً على أن تعارض الرأيين فأكثر من آراء المجتهدين لا يستلزم بطلان بعضها أو كلها، على ألا يؤدي أحدهما إلى الباطل، ومن هذا تصويبه (ﷺ) لما أقدم عليه صحابييان في السفر من أنهما صليا بلا وضوء (أي بتيميم)، ثم وجدا الماء وقت الصلاة لم يزل باقياً، فأعادها أحدهما دون الآخر، فقال (ﷺ) للذي لم يعد الصلاة (أصبت السنة وأجزأتك صلاتك))، وقال للذي أعادها ((لك الأجر مرتين))^٢.

^١ رواه عمرو بن العاص متفق عليه. سبل السلام ١١٧/٤.

^٢ النجم : ٤

^٣ رواه أبو داود والنسائي سبل السلام ٩٧/١.

طريقة فقهاء الصحابة في الاستنباط:

كانت طريقة الخلفاء الراشدين وبقية فقهاء الصحابة في التعرف على حكم المسائل - وقد خلفوا رسول الله (ﷺ) في إمامة المسلمين والقضاء والفتيا- هي أنه إذا عرضت لهم حادثة أو نزل بهم أمر بمشوا عن الحكم في كتاب الله فإن وجدوه أمضوه وإن لم يجدوه بمشوا عنه في سنة رسول الله (ﷺ) فإن وجدوه قضوا به وافتوا وإلا اجتهدوا في تصرف حكمه مسترشدين بالكتاب والسنة مستوحين ما عرفوه منهما من أسرار الشريعة وحكمها وأغراضها بما يحقق العدالة والمساواة وتقضي به مصلحة الأمة وحاجة المجتمع.

وكان اجتهاد فقهاء الصحابة في المسائل التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة قد يؤدي بعد التشاور والاشتراك في البحث إلى الإجماع على حكم، وهذا كان يكثر وقوعه في عهدهم، وقد يختلفون ولا ينتهون إلى رأي واحد فإذا أجمعوا على رأي قضى الخليفة بإجماعهم وكان حكماً قاطعاً في النزاع المروض، وهذا هو أساس الإجماع الذي عدّه الفقهاء دليلاً ثالثاً من أدلة الأحكام الشرعية.

ونستنتج من هذا العرض: إن مصادر التشريع في عهد الصحابة حسب الظاهر كانت أربعة: الكتاب والسنة والإجماع والرأي.

غير أن الاجتهاد بالرأي عندهم لم يقتصر على طريقة واحدة كالقياس مثلاً، بل شمل أكثر المصادر التبعية: كالقياس، والمصالح، والاستحسان وسد الذرائع... وهذه المصطلحات وإن لم تكن معروفة آنذاك، إلا أن التطبيقات الفقهية للصحابة تدل على استعمالها في استنباط الأحكام كما سيأتي.

وقد سبق كل ما يتعلق بالمصدرين الأولين "الكتاب والسنة" من أسباب الخلاف. وأما الإجماع فإنه لم يكن عل الخلاف في عهد الصحابة، فكل حكم كان مصدره الإجماع كان متفقاً عليه من قبل جميعهم، فبقي الكلام في المصدر الرابع: "الرأي".

الرأي

لغة: مصدر رأي الشيء يراه رأياً ورؤية: أبصره بعينه أو بقلبه. ثم خصّ بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الإشارات.

والاجتهاد بالرأي هو بذل الجهد للتوصل الى الحكم في واقعة لا نص فيها ظاهراً بالتفكير واستخدام الوسائل التي هدى الشرع اليها للاستنباط بها.^١

الرأي الملموم والرأي الممدوح:

وردت في الرأي آثار تدمه، كما وردت آثار تمدحه. فقد نُقل عن بعض الصحابة ذم الرأي والتحذير منه كقول أبي بكر (رضي الله عنه): "أي أرضي تغلني وأي سماء تظلني، إن قلت في آية من الكتاب برأي أو بما لا أعلم".^٢ وقال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): "إياكم وأصحاب الرأي، فإنهم أعداء السنن".^٣ وقال ابن عباس (رضي الله عنه): "إن كل من أفتى الناس في كل ما سألوا عنه، لمجنون".^٤ الى غير ذلك مما يدل على إخراج الرأي عن العلم وعلى ذمه.

غير أنه لا تعارض في الحقيقة بين ما ثبت من استعمال فقهاء الصحابة للرأي، وبين ما نُقل عنهم من ذمه والتحذير منه، فإن الرأي في الواقع نوعان ممدوم وممدوح:

١ - للمدوم: هو الرأي عن هوى، وهو أنواع منها: الرأي المخالف للنص. ومنها الكلام في الدين بالحرص والظن مع التفريط والتقصير في معرفة النصوص. ومنها الرأي الذي أحدثت به البدع وغيّرت به السنن.^٥

٢ - الرأي للمدوح: وهو استنباط حكم النازلة من النص بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من الطرق التي أقرها الشرع وتبعها فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين وتابعيهم.^٦

موقف الصحابة من الرأي:

لم يكن بوسع الصحابة (رضي الله عنهم) عدم اللجوء الى الرأي، لما عُرض لهم - كما ذكرنا سابقاً - من كثير من المشاكل والوقائع التي لم تكن قد ورد بشأنها ظاهراً نص من الكتاب أو السنة. غير إنه أقدموا عليه أول الأمر بتردد، ويبدو ذلك جلياً من الحوار الذي جرى بين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وبين أبي بكر (رضي الله عنه)، ثم بين أبي بكر وزيد بن ثابت في مسألة جمع القرآن.

^١ اعلام الموقعين ١/٧٥ مصادر التشريع فيما لانص فيه عبد الوهاب خلال ص ٨.

^٢ اعلام الموقعين ١/٥٤.

^٣ المرجع السابق، المدخل للفقهاء الاسلامي عيسوي احمد عيسوي ص ٥٤.

^٤ اعلام الموقعين ١/٣٤.

^٥ المرجع السابق ١/٦٧ فما بعدها.

^٦ فقه اهل العراق وحديثهم للكوثري ص ١٥.

ولكن ما لبث الصحابة حتى بنوا على الرأي كثيراً من أمهات المسائل. على إن استعمال الرأي لم يكن شائعاً بين الصحابة كلهم، أو أكثرهم، لأنه ليس كل صحابي فقيهاً، وليس الفقهاء منهم متساوين في درجة الأخذ به، بل كانوا بين مكثر منه ومقل ومتوسط. ومن أشهرهم وأكثرهم رأياً عمر بن الخطاب وابن عباس وعبدالله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت^١.

وكان حامل لواء الرأي عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)، فكان أجودهم رأياً وأكثرهم توسعاً فيه، ولم يكن متمسكاً بحرفية النص، بل كان يفهم سرّه وروحه. وأشهر من سار على طريقته هو عبدالله بن مسعود، فكان يتوسم ويتعجب بأرائه. ويقول ابن القيم: ^٢ إن ابن مسعود لا يكاد يخالف عمر في شيء من مذهبهم. وهذا الذي يبين لنا السرّ في أن مدرسة العراق التي نشأت بعد ذلك العصر قد اشتهرت بالرأي وأعمال القياس، فإن علم العراق كان عن عبدالله بن مسعود الذي نعى منحه عمر في الأخذ بالرأي والتوسع فيه. وقال الشعبي إذا اختلف الناس في شيء فخذوا بما قال عمر. وأبرز المتحرّجين من اللجوء إلى الرأي: عبدالله بن عمر وكان بعكس والده، وعبدالله بن عمرو بن العاص^٣.

تقييم رأي الصحابة:

لم يكن الصحابي نفسه يُعطي لرأيه قيمة خاصة عند اختلاف غيره معه، بل كان يرى أن ما ذهب إليه صواب يتمثل الخطأ، وما ذهب إليه غيره خطأ يتمثل الصواب. وكان يرى أنه في رأيه ليس الأولى من غيره من بقية الصحابة. وقد سنل أبو بكر (رضي الله عنه) عن الكلالة فقال: أقول فيها برأيي، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأً فمني ومن الشيطان: الكلالة ما عدا الوالد والولد.

لكن يلتزم كل برأيه، لأن الشارع يكلف الحاكم أو القاضي أو غيرهما بالعمل بما يغلب على ظنه أنه الصواب. وقد كان ذلك منهم موقفاً طبيعياً، لأنهم جميعاً بصحبة الرسول (ﷺ) واشتركوا في السماع منه والأخذ عنه. ولكن بعد مضي عصر الصحابة أخذت آراؤهم وفتاواهم مكانة عظيمة في الفقه الإسلامي، وبخاصة في مدرسة المدينة، فكانت هذه الآراء

^١ انظر اعلام الموقعين ١/١٢٧ فما بعدها.

^٢ المرجع السابق ١/٢٠.

^٣ اعلام الموقعين ١/٣٢٢.

تأتي في المرتبة الرابعة: بعد الكتاب والسنة والاجماع، حتى عبر الرواة من التابعين عن آراء الصحابة بلفظ السنة اظهاراً لمكانتها.

ثم ثار في عهد المذاهب الجماعية جدل نظري حول حجية قول الصحابة في المسائل الاجتهادية في منكري حجيتها مطلقاً، ومثبتيها مطلقاً، وبين المنفصلين القائلين بحجية اقوال الخلفاء الراشدين دون غيرهم، كما سيأتي ذلك في محله.

طريقة الصحابة في الاخذ بالرأي وتطبيقه:

يتميز اجتهاد الصحابة بالرأي بحكمة وحزم، فكانت هناك احكام وردت مطلقة أو معللة بعلّة، فلما بحثوها وجدوا تلك العلل قد زالت، أو ما شرع له الحكم قد تغير، فأوقفوا العمل بتلك الاحكام تبعاً لذلك، كحكم المؤلفات قلوبهم في مسألة الزكاة، وغير ذلك مما سيأتي، وهناك احكام نهوا عنها في بعض الأحيان مع اعترافهم بمشروعيتها، دفعاً لمفسدة تترتب على فعلها، ومن ذلك موقف عمر بن الخطاب من نكاح المسلمين بالكتائب من المنع. وقضوا باحكام زاجرة اقتضتها الحالة التي لم تكن في زمن الرسول (ﷺ) وذلك دفعاً لمفسدة متحققة أو مظنونة، وإن أدى ذلك الى تخصيص النص أو ترك لظاهره، وهذا باب واسع وأمثله كثيرة، منها تضمين الصانع لفظ مصالح الناس، ومنها الزيادة في حد الخمر، ومنها حكم عمر بن الخطاب بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد في مجلس واحد، الى غير ذلك من المسائل الاتفاقية والخلافية التي استنبطها فقهاء الصحابة عن طريق الاجتهاد بالرأي. وبذلك يشمل الرأي لدى الصحابة: والمصالح المرسلّة، وسد الذرائع والاستحسان وغيرها... من المصادر التبعية. وقد اختلفوا في تطبيق هذه الطرق عند اجتهادهم بالرأي، فبالتالي في الاحكام الفقهية.

المبحث الثاني

اجتهاد الصحابة بالرأي عن طريق القياس

القياس لغة: التقدير والتسوية، يقال: قصت الشرب بالمتز إذا قدرته ويقال: فلان لا يقاس بفلان أي لا يساوي في الفضل والشرف.

وفي الاصطلاح: تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة دل على حكمها نص في ذلك الحكم لاشتراك الواقعتين في علته^١.

وتوضيح هذه العملية الاجتهادية التي تسمى بالقياس في اصطلاح الأصوليين هو: إن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشرع التي وردت بها النصوص لم تُشرع عبثاً، وإنما شرعت لتحقيق مصالح العباد، سواء أدرك العقل البشري تلك المصالح، أو لم يدركها، فإنها كانت موجودة في الواقع ونفس الأمر.

فالأحكام التي لا يدرك العقل مصالحها تسمى تعبدية، وعلى المكلفين أن ينفذوها كما ورد بها النص، ولا يجرى فيها قياس، كعدد ركعات كل صلاة، وعدد أيام الصيام، وأشواط الطوف بالكعبة، والعقوبات المقدرة كتقدير جلد حد الزنا بمائة، وجلد القذف بشمانين، وتكفير الحنث في اليمين بإطعام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيام. فالعقل لا يدرك المصلحة التفصيلية في أمثال هذه الأحكام والوقائع، ولا سبيل إلى تسوية واقعة أخرى بها. ولهذا قرر جمهور الأصوليين أنه لا قياس في العبادات للوارثين في أحكام الموارث وغير ذلك من الأحكام التي لا يدرك العقل عللها وحكمها.

وإذا كانت الأحكام مما للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التي شرعت لتحقيقها فعلى المكلفين أن ينفذوها في وقائع نصوصها وعلى المجتهدين أن يتعرفوا المصلحة التي قصدتها الشارع من الحكم والعلة الظاهرة التي ربط الشارع الحكم بها، لأن في هذا الربط تحقيق تلك المصلحة، حتى إذا عرضت لهم واقعة غير واقعة النص، وتبين لهم أن تلك العلة متحققة فيها، حكموا فيها بحكم واقعة النص، لتحقيق المصلحة التي قصدتها الشارع.

^١ راجع التحرير مع التقرير والتبجير ١١٧/٣ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٨٣ شرح الكوكب المنير ص ٢٧٢.

فمثلاً قوله (ﷺ): (لا يرث القاتل) يدل على حكم هو الحرمان من الارث في واقعة قتل الوارث لمورثه. فاذا وصل المجتهد باجتهاده الى ان المصلحة التي قصدها الشارع بهذا الحكم هي منع الانسان من ان يتعجل الشيء قبل أوانه، وحرمان المجرم من ان يستفيد من إجرامه، ووصل الى أن العلة الظاهرة التي ربط بها الشارع الحكم هي القتل، لأن في ربط المنع بالقتل تحقيقاً لتلك المصلحة، ثم عرضت له واقعة قتل الموصى له للموصي، ورأى أن العلة التي ربط بها حكم الواقعة الاولى موجودة في هذه الواقعة، يصل الى نتيجة هي تساويها مع الواقعة الاولى في الحكم، لتساويهما في علة ذلك الحكم، فيثبت حرمان الوارث القاتل بالنص وحرمان الموصى له القاتل بالقياس.

ومن هذا يتبين أن عملية القياس تبتدئ باستخراج علة حكم الواقعة التي ورد النص بحكمها، وهذا يسمى قترج المناط^١. ثم يليه البحث في تحقيق هذه العلة الواقعة التي لم يرد نص بحكمها، وهذا يسمى تحقيق المناط. ثم يلي هذا الحكم بأن الواقعتين متساويتان في العلة، وتبنى على هذا تسوية الواقعتين في الحكم وهذا هو المقصود من القياس^٢. ويستخلص من هذا العرض الموجز أمران:

الاول - إن دور المجتهد في القياس هو استكشاف علة حكم النص وتحقيقها في الواقعة العارضة والتسوية بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علته.
الثاني - إن القياس لا يتحقق إلا بعناصر اربعة:

١ - واقعة النص (الواقعة التي حكم فيها بالنص) وتسمى الأصل والمقيس عليه.
٢ - الواقعة الطارئة التي لا نص على حكمها ويراد بالقياس الوصول الى حكمها وتسمى الفرع والمقيس.

٣ - حكم الأصل الذي ورد به النص في الواقعة.

٤ - علة الحكم التي بنى الشارع عليها حكمه في واقعة النص.

ومن التطبيقات الفقهية الخلافية لفقهاء الصحابة المتفرعة عن اختلافهم في الاجتهاد بالرأي وتطبيق القياس ما يلي:

^١ علة الحكم تسمى مناط الحكم، لأن الحكم نيط بها، أي ربط بها وبنى عليها وجوداً وعدماً.
^٢ انظر مصادر التشريع فيما لا نص فيه للخلاف ص ١٧.

أ - اختلف فقهاء الصحابة في ميراث الجد إذا اجتمع مع الإخوة والأخوات - لغیر الأم - للمتوفى على أربعة آراء:

الرأي الاول: هو أنه إذا اجتمع الإخوة والأخوات، يحجبهم قياساً على الأب أو على ابن الابن. فكما إنهم لا يرثون مع الأب أو ابن الابن عند الاجتماع، فكذلك لا يرثون مع الجد، إذا اجتمعوا معه. وإليه ذهب أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) وابن عباس (رضي الله عنه) وابن عمر (رضي الله عنه) وكثير آخرون من الصحابة، وأخذ به أبو حنيفة رحمه الله ومن وافقه. فمنهم من استدل بالقياس على الأب لأن الجد كالأب في كثير من الأحكام، منها في الولاية على القاصر، وفي أنه لا يُقتل بقتل حفيده، ولا يُعد بقذفه عند الجمهور، ولا تُقطع إذا سرق ماله، ولا يصح له صرف زكاته لحفيده، فيكون مثل الأب أيضاً في أنه يحجب الإخوة والأخوات إذا اجتمع معهم.

وقاسه ابن عباس على الابن بجامع المساواة في درجة القرابة، كما يفهم من كلامه المشهور: (لا يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل ابن الأب ابناً).
الرأي الثاني: هو أن الجد لا يحجبهم، بل يقاسمهم في الإرث محسوباً عليهم أخاً شقيقاً على ألا يقل نصيبه عن السدس، لأنه مع الابن نصيبه السدس، فمن باب أولى يجب أن يكون السدس مع الإخوة إن لم يكن أكثر^١. وهذا هو رأي علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) ومن وافقه من الصحابة، واستدلوا على ذلك بالاستصحاب أيضاً، فقالوا: إن ميراثهم ثبت بنص القرآن، فالأصل ثبوت إرثهم وعدم حجبهم إلا بنص آخر أو إجماع، فلا نص ولا إجماع. ولأنهم متساوون في سبب الاستحقاق، فيجب أن يتساووا في الاستحقاق نفسه، وذلك لأن كلاً من الجد والإخوة يدلان إلى الميت بالأب، فقوة قرابتهما في درجة واحدة.

فهذا يرجع إلى الدليل السابق أي إن الأصل الثابت هو إرثهم، فلا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل ولا دليل .

الرأي الثالث: يتفق مع الرأي الثاني في الأصل إرثهم معه، لأن الكل في درجة واحدة من القرابة، لكن يختلف عنه في أنه يشترط ألا يقل نصيب الجد في المقاسة بطريق التعصيب عن الثلث، وإليه ذهب عبد الله بن مسعود ومن وافقه من فقهاء الصحابة. واستدل هو أيضاً بالقياس الأولى، فقال إن الجد إذا اجتمع مع البنات

^١ وهذا أيضاً قياس.

وحدهن، نصيبه لا يقل عن الثلث، فالأولى أن يكون نصيبه لا يقل عنه إذا اجتمع مع الإخوة والأخوات، لأن قرابة البنات أقوى.

الرأي الرابع: يتفق مع رأي علي بن أبي طالب (عليه السلام) في أنه لا يجب الإخوة والأخوات، ومع رأي ابن مسعود في أن نصيب الجد يجب أن لا ينقص عن ثلث التركة إذا كان ميراثه بالمقاسمة، ولكنه يختلف عنهما في أن الجد يعصب الإخوة والأخوات مطلقاً، سواء كانوا ذكوراً فقط أم إناثاً فقط أم ذكوراً وإناثاً، وهذا رأي زيد بن ثابت ومن وافقه من الصحابة وأخذ به الأئمة الثلاثة (الإمام مالك، والإمام الشافعي، والإمام أحمد) وصاحباً أبي حنيفة وكثير من الفقهاء الآخرين من فقهاء المدينة والشام والعراق.^١

فحاصل رأي زيد بن ثابت أن الجد يقاسم على أنه أخ شقيق مع الأشقاء وأخ الأب مع الإخوة لأب، ويجب ألا يقل نصيبه في كل حال عن ثلث التركة، إن لم يكن معهم ذو فرض، وإن كان معهم ذو فرض يأخذ صاحب الفرض نصيبه، ثم يأخذ الجد ما هو خير له من المقاسمة باعتباره عصب، ومن ثلث ما بقي بعد أنصيبه ذوي الفروض ومن سدس جميع التركة، فأى من ذلك كان أفضل له يكون هو ميراثه الشرعي. وقد ضبط الشيخ معروف الكردي ما يجب أن يرثه الجد في هاتين الصورتين، فقال في الصورة الأولى:

الجد مع فرع أب أو ولد	لابوين فائز بالأزدد
من ثلث والقسم عند فقد	صاحب فرض كأخ وجد
كلاهما مع ضعف جد شرع	ودون مثليه الأخير أنفع
ومع فوق ضعفه فالأكثر	ثلث وما صوره منحصر ^٢

وقال في الصورة الثانية:

وفائز من قسمة وسدس	وثلث الباقي يأخذ الانفس
إن كان ذو فريضة وسست	هنا ذوات الفرض وهي بنت
والأم والبنت التي لنجل	وجدة مع زوجة وبعل
ففي ابنتين وأخ وعمرس	وجد الأجود أخذ السدس

^١ انظر المغنى لابن قدامة ٢١٧/٦ فما بعدها.

^٢ انظر فرائض الشيخ المعروف النودهري الكردي الشافعي ص ٧٠

وإن وجدت جدة وجداً مع أخ فالتقسيم صار أجدي
أو إخوة عشرة وجداً وجدة فثلث باقي أجدي

ويلاحظ أن هناك مسألة خالف فيها زيد بن ثابت بعض الأصول التي قام عليها رأيه هذا لذا سميت هذه المسألة بالأكدرية لتكدير رأيه المذكور أعلاه في مباحث الجدة مع الإخوة والأخوات، وصورتها: إذا ماتت امرأة عن جد وزوج وأم وأخ لغير الأم "شقيقة أو لأب".^١ فمن أصول رأيه المذكور: أن الأخوات يصبحن به عصبة ويكون الحكم مقاسمة. وكذلك من أصوله أن لا حول في مسائل الجدة، مع أنه أعال في هذه المسألة ثم جمع سهام الأخت والجدة وقسمها أثلاثاً لها ثلث واحد للجدة ثلثان، ولا نظير لهذه العملية التي أقدم عليها زيد بن ثابت، والذي دفعه إلى ذلك هو أنه رأى أن نصيب الأخت هو النصف بالنص، فاسقاطها بالجدة متعذر، وأن الجدة لا ينقص نصيبه عن الثلث أو السدس بأي حال، فلهذا وذلك اضطّر إلى الحل المذكور. ومن هنا يقول الشيخ المعروف:

والجدة محسوب كإثني عشر تأخذ ثلثاً وحوى ثلثين

روعى تعصيب وروعى الرحم في الفرض للأخت وفي قسم علم

تلك هي آراء الصحابة في هذه المسألة وكان سبب خلافهم فيها هو الاجتهاد بالرأي والاختلاف في تطبيق القياس فيها، وكان لهذا الخلاف أثره في اختلاف من جاؤا بعدهم من فقهاء التابعين والمذاهب الجماعية.

ب- اختلفوا في المهرات وتحديد المهر لمن توفي عنها زوجها قبل الدخول وقبل الفرض، وكان اختلافهم مبنياً على تردد هذه المسألة بين أصليين، فبعضهم اختار القياس على أحد الأصليين، والآخرين قاسوها على الأصل الآخر.

فذهب عبدالله بن مسعود (رضي الله عنه) إلى أن لها مهر المثل قياساً لها على امرأة أخرى تكون في درجتها جمالاً وكمالاً ونسباً وحسباً، أي يكون لها المهر المحدد لإمرأة تكون في مستواها الاجتماعي، من أقربائها، فإن لم تكن فمن غيرهن يجمع مساواتها في

^١ توضيح المسألة: إنها من شلة للزوج ثلاثة، وللأم إثنان، وللجدة واحد، وللأخت ثلاثة، فتعال إلى تسعة للأخت والجدة أربعة موزعة عليهما أثلاثاً فلا تنقسم فتضرب ثلاثة في تسعة فتصح من سبعة وعشرين للام ستة، وللزوج تسعة، وللجدة ثمانية، وللأخت أربعة.

تلك المنزلة الإجتماعية، كما قضى أيضاً بمراثيها قياساً للموت على الدخول في إيجاب كل منهما للعدة، وتزيد رأي ابن مسعود بما رواه معقل بن سنان الأشجعي من أن قضائه قد وافق قضاء رسول الله (ﷺ) وأخذ بهذا الرأي أبو حنيفة ومن وافقه من فقهاء المذاهب الجماعية.

وذهب علي بن أبي طالب إلى قياسها على من طلقها قبل الدخول، ولم يفرض لها المهر بجامع عدم الصداق في كل، وحكم الأصل ثابت بالنص وهو قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ ويرى أن لها الميراث، ويلاحظ أن قضاء ابن مسعود كان مبنياً على رأيه دون الحديث، قال الكمال بن الهمام: إن عمل ابن مسعود كان بالرأي، غير أنه سَرَّ برواية الموافق لرأيه من إلحاق الموت بالدخول بدليل إيجاب العدة بهما^١.

ج- اختلف فقهاء الصحابة في قتل الجماع بالواحد لاختلافهم في العمل بالقياس.

يرى عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والمغيرة وابن شعبة وابن عباس: أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل منهم القصاص، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله لوجب عليه القصاص، وبهذا أخذ سعيد بن المسيب، والحسن، وأبو سلمة، وعطاء، وقتادة، وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي، والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وفي رواية لأحمد...

ويرى بعضهم أنه لا يُقتلون بل تجب عليهم الدية، قول ابن الزبير وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس، وبه أخذ حبيب ابن أبي ثابت وعبد المالك وربيعة وداود وابن المنذر، وإحدى روايتي أحمد، واستندوا في رأيهم إلى ظاهر النصوص التي توجب المساواة في القصاص.

ودوي عن معاذ بن جبل وابن الزبير أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقي حصصهم من الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ له، فلا تستوفي إبداله بمبدل واحد، كما لا تجب ديّات المقتول واحد.^٢

^١ راجع التحرير مع التقرير والتحيز ٢٥٠/٢

^٢ انظر المغنى لابن قدامة ٦٦١/٧.

ونقطة البداية هي أن امرأة قتلت هي وخليطها ابن زوجها، فكتب يعلى بن أمية إلى عمر بن الخطاب وكان عاملاً له، يسأله رأيه في هذه القضية، فتوقف (ﷺ) في الحكم، لأن المساواة التي تقتضي التماثل في الجزاء تقتضي أن تكون النفس بالنفس كما هو ظاهر القرآن الكريم، فقال له علي بن أبي طالب (ﷺ): يا أمير المؤمنين، أرايت لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور، فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً، أكنت قاطعهم؟ قال "نعم. قال: وذلك كذلك. ثم كتب أمير المؤمنين إلى يعلى بن أمية عامله، أن أقتلها، فلو اشترك فيه أهل صنعاء كلها لقتلتهم^١.

وعلي بن أبي طالب قاس الجماعة المشتركين في القتل على جماعة يشتركون في السرقة، بجامع الاشتراك والتعاون وفي ارتكاب الجريمة، فوافق عمر على هذا القياس، فأمر بتنفيذ عقوبة القصاص في حق المشتركين - ومن خالفهما لم يعمل بهذا القياس-، فهذا الرأي من عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومن وافقهما فيه تحكيم للملة، كما في صيانة الدماء من أن تراق ما دام الجناة يعلمون أنهم سيقتلون جميعاً بمن قتلوه بلا ذنب^٢.

لذا يمكن أن تندرج هذه المسألة تحت الاجتهاد بالرأي عن طريق السد الذرائع والمصلحة المرسلّة حيث تنطبق عليها هاتان الطريقتان أيضاً^٣.

^١ إعلام الموقعين ١/ ١٨٥ الأم للشافعي ١٦/٦.

^٢ انظر الأم للشافعي ٩/٦، ٢٠.

^٣ تحرير الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٧١.

المبحث الثالث

اجتهاد الصحابة بالرأي عن طريق المصالح المرسلة وسد الذرائع والاستحسان

ويتضمن هذا البحث مطالب ثلاثة لبيان العمل بتلك الطرق .

المطلب الاول

العمل بالمصلحة

المصلحة لغة: كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئة صالحة للكتابة به. وتطلق على الأعمال المؤدية الى النفع تسمية للسبب باسم المسبب^١.

وفي العرف: السبب المؤدي الى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية الى الربح. وفي اصطلاح الأصوليين: قال الغزالي هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصد الشارع^(٢).

وقسم الأصوليون المصلحة بحسب اعتبار الشارع لها وعدم الاعتبار الى ثلاثة أنواع: النوع الاول: مصالح معتبرة شرع لها الأحكام التي تحققها فهي حجة، ويرجع حاصلها الى القياس وهو اقتباس الحكم من معقول النص والاجماع^(٣)، وهذا النوع غير مراد هنا. النوع الثاني: مصالح ألغى الشارع اعتبارها ورتب على إلغائها مصالح تزيد عنها، فلا يجوز الاحتجاج بها اتفاقاً. مثال ذلك: مساواة البنت مع الابن في الارث، مصلحة ألغى الشارع اعتبارها، حيث فرق بينهما في الميراث، وبني على ذلك مصلحة أقوى

^١ القاموس للفيروزآبادي ١/٢٧٧.

^٢ راجع المستصفى للغزالي ص ٢٥١.

^٣ المرجع السابق.

وأهم، وهي إلزام الرجل بتكاليف وأعباء لم يلزم بها المرأة، لإختلافهما في التكوين الذاتي، وفي طبيعة وظيفة كل في الحياة. وهذا النوع أيضاً غير مراد هنا.

النوع الثالث: مصالح لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، وهذا النوع هو المعنى بالبحث هنا.

ولم يهتم الصحابة (رضي الله عنهم) في صدر الإسلام بتعريف المصلحة، بل كان كل همهم منصرفاً الى تحقيقها، ولكن ورد على لسانهم التعبير عنها بالخير. كما روى البخاري^(١) من أن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) قال: أرسل إليّ أبو بكر لمقتل أهل اليمامة وعنده عمر فقال أبو بكر: إن عمر أتاني فقال إن القتل قد استحر^(٢) يوم اليمامة^(٣) يقرأ القرآن وإني أخشى أن يستحر القتل بالقرآن في المواطن كلها فيذهب كثير من القرآن إلا أن تجمعوه وإني لأرى أن تجمع القرآن، قلت لعمر كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله (ﷺ)؟ فقال عمر هو والله خير، فلم يزل عمر يراجعني فيه حتى شرح الله لذلك صدري ورأيت الذي رأى عمر. قال زيد بن ثابت وعمر عنده جالس لا يتكلم فقال أبو بكر: إنك رجل شاب عاقل ولا تفهمك، كنت تكتب الوحي لرسول الله (ﷺ)، فتتبع القرآن فأجمعه... قلت: كيف تفعل شيئاً لم يفعله النبي (ﷺ)؟ فقال أبو بكر: هو والله خير.

ويظهر لنا من سياق هذا الحوار بين أبي بكر وعمر من جهة، وبين أبي بكر وزيد بن ثابت من جهة أخرى، أن كلا من أبي بكر وعمر أرادا بكلمة (خير) ما فيه مصلحة الأمة الإسلامية.

التشريع الإسلامي والمصلحة:

من تفحص أحكام الشريعة الإسلامية - رغم قصور العقل عن إدراك بعض مصالحها- ليجد أن كل حكم منها شرع لجلب منفعة الإنسان أو دفع مفسدة عنه، أو رفع حرج عليه. ففي وجوب الإيمان بالله وبصفاته وبرسوله طريق الانقاذ وعنوان السمو وتكريم الإنسان... وفي الالتزام بالعبادات صفاء النفس ورمز الأخلاق ومنع الانحراف وسبيل التعارف والاهتمام بالمصالح العامة.

^١ انظر البخاري ١٨٣/٦.

^٢ استحر: أي اشتد وكثر.

^٣ اليمامة كانت موطن بني حنيفة من شبه جزيرة العرب وفيها تنبأ مسيلمة الكذاب وقاتله المسلمون بقيادة خالد بن الوليد حتى قتلوه.

وفي الأحكام المالية العامة والخاصة: التعاون والتضامن والتراحم بين الناس ومحاربة الفقر والأخذ بيد الضعيف وتقوية اقتصاد الأمة...
وفي العقوبات الزاجرة على الجرائم الخطرة، حماية الفرد وراحة المجتمع ووقاية الفضيلة، وحفاظ الحقوق الأدبية والمادية.
وفي تنظيم الزواج صيانة الأعراض وتقديس روابط الأسرة وبقاء نوع بني الانسان.
وفي أحكام الإرث توزيع المال توزيعاً عادلاً وتفتيت الثروة ومنع تكديسها في أيدي فئة قليلة، وابعاد إثارة النزاع والأحقاد بين الأقارب.
الى غير ذلك من الأحكام الشرعية الأخرى التي شرعت لتحقيق مصالح العباد.

تبديل الأحكام بتبديل المصالح ليس نسخاً:

ظن بعض الناس ان العمل بالمصلحة يؤدي الى تبديل الشريعة وقلب أوضاعها، فكل ما ظنه الناس مصلحة تركوا لها نصاً، وهو رفع للأحكام الشرعية، فيكون نسخاً بالرأي، والإجماع منعقد على أن لا نسخ بعد وفاة الرسول (ﷺ)، وقد يصل الأمر الى ترك النصوص كلها ما دامت المصلحة هي صاحبة السلطان.
وهذا الظن فاسد، لأن التبديل لا يشمل إلا أحكاماً قليلة، وهي المبنية على مصالح وقتية -كما سيأتي- والمشمولة بالتبديل، لا يمكن لمخلوق مهما كانت منزلته، أن يقول أنها منسوخة، بل أصل الحكم موجود، والذي رفع إنما هو تطبيق الحكم السابق، لأن الحكم مبني على مصلحة يدور معها، وكل مصلحة مستندة الى أصل والأصل باق.
يقول الشاطبي:^(١) إن اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد، ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب، لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي، لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية، والتكليف كذلك لم يمتج في الشرع الى مزيد، وإنما معنى الاختلاف ان العوائد إذا اختلفت، رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها.

عمل الصحابة بالمصلحة:

واجه أصحاب الرسول (ﷺ) وقائع لا تقصى مما لا نص فيه ظاهراً، فوجدت حلها من قبلهم عن طريق الإجتهد بالمصلحة. وبدأ عروض هذه الوقائع منذ اللحظة الأولى من

^١ انظر الموافقات ٢/ ٢٨٥.

التحاق الرسول الأعظم (ﷺ) بالرفيق الأعلى. فواجهوا أمر الخلاف، ثم ارتداد مانعي الزكاة، فمسألة جمع القرآن، فجيش أسامة، والدفاع عن العقيدة .

ثم تتابعت الأحداث، فعرض تنظيم الجيش، وتدوين السوابق، وكيفية توزيع العطاء، وتوسيع مسجد الرسول، واتخاذ دار للسجن، والتصرف في أرض الفتوحات .. وغيرها من مسائل دولة تتمتع كل يوم، ويدخل تحت سلطان دينها أمم وشعوب جديدة.

وقد استقرأ العلماء من الأصوليين والفقهاء، فتأوى الصحابة وأقضيتهم واجتهادهم بالرأي في استنباط أحكام الوقائع والحوادث، فوجدوا من أول اجتماع سقيفة بن ساعدة للخلافة الى وفاة آخر صحابي، كانوا يعتمدون في جلّ استنباطهم -بغد الكتاب والسنة- على المصالح وتطبيق روح الشريعة.

والى جانب ذلك فإنهم اختلفوا في بعض الأحكام الشرعية بسبب اختلافهم في الرأي عن طريق العمل بالمصالح المرسالة. فإذا عُرِضت لهم واقعة، فمنهم من كان يرى أن هناك مصلحة تقتضي أن يكون حكم هذه الواقعة كذا، ومنهم من لم ير ذلك، لإختلاف وجهات نظرهم في تقدير حجم تلك المصلحة ومدى اقتضاءها لحكم الواقعة المعروضة. وترتب على ذلك اختلافهم في بعض الأحكام الشرعية منها:

أ - اختلفوا في عدة المطلقة إذا كانت من ذوات الأقرأ وامتناد طهرها: اأى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وابن عباس (رضي الله عنه) ومن وافقهما من الصحابة بأن المطلقة من ذوات الأقرأ، إذا انقطع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن لم يظهر بها حمل اعتدت بها بعد التسعة ثلاثة أشهر، وينوا قضائهم هذا على رعاية مصلحة المرأة والنظر الى المعنى المقصود من تشريع العدة، وهو التأكد من براءة الرحم من الحمل، وبعد مرور المدة الغالبة لا تبقى ريبة، فتعد بالأشهر، وبه أخذ الإمام مالك. وذهب ابن مسعود وزيد بن ثابت ومن وافقهما الى أنها تنتظر حتى تصبح آيسة، فتعد حينئذ بالأشهر، وبهذا أخذ الجمهور من الأئمة المجتهدين، لأن هذه المعتدة من ذوات الأقرأ وعدتها بالنص ثلاثة قروء.^(١)

ج - اختلفوا في حكم أراضي الفتوحات: بعد أن تم فتح العراق والشام وغيرها من البلاد الأخرى في عهد عمر بن الخطاب، اختلف رأي الصحابة في حكم الأراضي التي وقعت تحت سلطان المسلمين على الوجه الآتي:

^١ راجع بداية المجتهد ٩١/١ تاريخ الفقة الاسلامي محمد اسحاق الحداد ص ٢٣.

كان رأي جمهور الصحابة في بادئ الأمر هو تقسيم تلك الأراضي بين الفاتحين بعد إخراج الخمس لمصارفه الشرعية المعروفة، طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ الآية^(١). أي يكون للفاوتين. وهم في رأيهم هذا كانوا يستمدون الى هذه الآية، والى فعل رسول الله (ﷺ) عندما افتتح خيبر عنوة قسمها بين المسلمين بعد اخراج ما حدده القرآن. ولكن خالفهم عمر بن الخطاب في هذا، وكان لرأيه قدره وقيمته سواء في عهد الرسالة أو في عهد الصحابة.

وأخيراً قالوا له: استشر. فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا، فكان من بين المعارضين له الزبير بن العوام، وبلال بن رباح، وعبد الرحمن بن عوف، وأبو عبيدة، وعمار بن ياسر، فهم كانوا يرون أن تخمس الأرض ثم يُقسم الباقي على الفاتحين. فقال عمر أرايتم هذه الشغور لا بد لها من رجال يلزمونها؟ أرايتم هذه المدن العظام "كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر" لا بد لها من أن تُشحن بالجيوش وادار الطعام عليهم؟ فمن أين يُعطي هؤلاء، إذا قُسمت الأرض والعلاج؟ فقالوا جميعاً: الرأي رأيك، فنعم ما قلت ونعم ما رأيت، إن لم تشحن هذه الشغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقوون به، رجع أهل الكفر الى مدنهم. ثم انتهى الأمر بموافقة أكثرهم.

يقول أبو يوسف: إن الذي رأى عمر (رضي الله عنه) من الامتناع في قسمة الأرض بين من افتتحتها، عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك، كان ترفيقاً عظيماً من الله له، وإن ذلك كان فيه الخير لجميع المسلمين.^(٢)

ويلاحظ أن الخلاف في هذه المسألة ليس متفرعاً عن الخلاف في الاجتهاد بالرأي المجرد، بل كل من أطراف الخلاف قد تمسك بالنص^(٣)، حيث استند عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ومن معه إلى قوله تعالى: ﴿مَّا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ

^(١) الأنفال: ٤١

^(٢) انظر كتاب الخراج لابي يوسف ص ٢٤ فما بعدها والخراج ليعيسى بن ادم ص ١٨، ص ٤٣، الاموال لابن عبيد ص ٥٦ وما بعدها روض النضير ٣١٥/٤.

^(٣) راجع أحكام القرآن لابي العربي ١٧٦٦/٤

الْأَغْنِيَاءَ مِنْكُمْ^١، وبناء على ذلك يعتبر الخلاف فيها من باب الخلاف المتفرع عن الاختلاف في المصلحة المقصودة من حكم النص، وقد كان أفق نظر عمر إلى تلك المصلحة أوسع وأبعد وأعمق من أفق نظر مخالفيه إليها.

د- اختلف فقهاء الصحابة أيضاً في كيفية توزيع العطاء: اختلف أبو بكر ومن وافقه مع عمر (رضي الله عنه) في ذلك: فكان أبو بكر يرى التسوية في العطاء وتقسيم المال بين الناس على السواء، لا يفضل أحد من أحد، محتجاً بأنه لا يجعل العطاء ثمناً لأعمالهم التي عملوها لله، وكان يقول إنما أسلموا لله وأجرهم على الله، وأما الدنيا بلاغ وهذا معاش فالأسوة (التسوية) فيه خير من الأثرة "التفضيل".

وأما عمر بن الخطاب فكان من رآه التفضيل، وكان يقول: لا نجعل من ترك دياره وأمواله مهاجراً إلى النبي (ﷺ) كمن دخل الإسلام كرهاً، ولا أجعل من قاتل رسول الله (ﷺ) كمن قاتل معه.

وكان هذا الخلاف مبنياً على اختلاف وجهة نظرهم في المصلحة الراجعة هل هي في التسوية كما يرى أبو بكر أو في التفضيل كما هو رأي عمر؟.

المطلب الثاني

العمل بسد الذرائع

الذريعة: الوسيلة أو الطريقة، والمراد بها هنا التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة.^٢
وسد الذرائع: يعني حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة لها غير ذلك الفعل.

هذا الاصطلاح وإن لم يكن موجوداً في عهد الصحابة إلا أنه طبق من الناحية العملية في بعض المسائل الفقهية وقد أدى تطبيقه عن طريق الاجتهاد بالرأي إلى اختلافهم في بعض الأحكام الشرعية منها:

^١ سورة الحشر/٧.

^٢ انظر الموافقات للشاطبي ١٩٨/٤.

أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية بالمدائن فكتب إليه عمر بن خطاب رضي الله عنه " أن خل سبيلها " فكتب إليه: " أحرام هي يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا حتى قللي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون، فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين. هذا ما رواه محمد في كتابه "الآثار".^١ وقال به نأخذ لا نراه حراماً ولكن نرى أن يُختار عليهن نساء المسلمين. وقال: أخبرنا أبو حذيفة قال حدثنا حماد عن إبراهيم قال: لا يحسن المسلم باليهودية ولا بالنصرانية ولا يحسن إلا باخرة المسلمة.^٢

روى الجصاص هذا الأثر مع شيء من الاختلاف فقال: " تزوج حذيفة يهودية فكتب إليه عمر أن خل سبيلها، فكتب إليه حذيفة أحرام هي؟ فكتب إليه عمر لا، ولكن أخاف أن تواقعوا المومسات منهن.

وقال القرطبي:^٣ روى عن عمر أنه فرق بين طلحة ابن عبيد الله وحذيفة بن اليمان وبين كتابيتين وقال: نطلق يا أمير المؤمنين ولا تفضب، فقال: لو جاز طلاقكما لجاز نكاحكما! ولكن أفرق بينكما صغرة قماء. قال ابن عطية: وهذا لا يستند جيداً، وأسند منه أن عمر أراد التفريق بينهما فقال له حذيفة: أترعم أنها حرام فأخلى سبيلها يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا أزعم أنها حرام، ولكني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن. وروى عن ابن عباس نحو هذا. فهذه الآثار تدل على المنع خشية ما يترتب عليه من الفساد سواء كان الوقوع في نكاح المومسات أو تتابع المسلمين.

ومن الواضح أن اختلاف وجهة نظر عمر بن الخطاب مع وجهة نظر غيره في هذه المسألة كان مبنياً على الأخذ بقاعدة سد الذرائع، كما هو رأي عمر ومن وافقه، أو التمسك بظاهر النصوص،^٤ كما هو رأي عثمان بن عفان ومن وافقه.

^١ كتاب الآثار ص ٧٥.

^٢ تعليل الأحكام ص ٤٤.

^٣ راجع أحكام القرآن للجصاص ١٦/٢.

^٤ انظر تفسير القرطبي ٣/ ٦٨ الطبعة الثانية مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٦.

^٥ منها قوله تعالى (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ... الآية) المائدة/ ٥.

المطلب الثالث العمل بالاستحسان.

الاستحسان: لغة عد الشيء حسناً.

وفي اصطلاح الأصوليين هو الدليل الذي يعارض القياس الجلي، أو استثناء مسألة جزئية من أصل عام لدليل خاص سواء كان نصاً أو إجماعاً أو ضرورة أو عرفاً أو مصلحة أو غيرهما.^١

وهذا الاصطلاح لم يكن موجوداً في عهد الصحابة إلا أن مضمونه قد طبق من قبل فقهاءهم عند اجتهداهم بالرأي وقد أدى الخلاف في تطبيقه إلى اختلافهم في بعض المسائل الفقهية منها:

الصانع يعتبر مودعاً لما أعطاه المستصنع ليصنع له منه ما يريد، كالخياط والنجار والنساج وغيرهم... فهؤلاء أمناء على المواد الأولية الخام، كالقماش والخشب، والغزل، التي سلمت إليهم، فيدهم يد أمانه بدليل قول النبي (ﷺ) لا ضمان على مؤتمن.^٢
غير أنه حدث في زمن الصحابة أنفسهم أن مالت بعض النفوس شيئاً عن السلوك المستقيم وبدات الخيانة تظهر من بعض الناس فيما أؤتمنوا عليه، فكان لابد من علاج لهذه الحالة التي وجدت، وظهر هذا العلاج من بعض فقهاء الصحابة لجعل الأمين حريصاً على حفظ ما تحت يده كما يجب .

ويروي البيهقي بهذا الشأن جملة من الآثار عن علي بن اب طالب (ع) يقوي بعضها بعضها مفادها تضمين الأجراء^٣ وهي:

إن علي بن أبي طالب ضمن الغسال والصباغ وقال: "لا يصلح الناس إلا ذلك".
عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي، إنه كان يضمن الصباغ والصانع وقال: "لا يصلح الناس إلا ذلك".

عن قتادة عن خلاص أن علياً كان يضمن الاجير . وروى مثله عن الشعبي.

^١ راجع كشف الأسرار مع البزدوي ١١٢٤/٤ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٢٤.

^٢ السنن الكبرى للبيهقي ٢٩٨/٦ - ٢٩٠ نيل الاوطار ٢٩٦/٥.

^٣ المرجع السابق ٢٢/٦ كنز العمال في سنن الاقوال والافعال للشيخ علاء الدين علي التقي بن حسام الدين الهندي ١٩١/٢ - ١٩٢.

وأخذ برأي علي بن أبي طالب القاضي شريح، وفي هذا يروي محمد الشيباني: ^١ أن رجلاً أتى شريحاً فقال له: دفع إليّ ثوباً لأصنعه فاحتق بيّتي فاحتق ثوبه، قال: "ادفع له ثوبه". قال: أدفع إليه ثوبه وقد احتق بيّتي؟ قال: "أرأيت لو احتق بيّته، أكنت تدع أجرك؟...". يروي مثل ذلك البيهقي عن الشافعي من أن القاضي شريحاً أخذ باجتهاد علي بن أبي طالب ومن وافقه. يعتبر تطبيق قاعدة الاستحسان، لأنه خصص نص السنة النبوية بالمصلحة وعدّل عن القاعدة العامة التي يدل عليها قوله (ﷺ) ((لا ضمان على مؤتمن))، بالمصلحة حتى يكون الصانع أو الأجير حريصاً على المواد الخام التي يستلمها من أصحابها . ومن خالف علي بن أبي طالب من فقهاء الصحابة فقد تمسك بظاهر وعموم النص المذكور.

وقد أدّى هذا الخلاف بين فقهاء الصحابة إلى اختلاف فقهاء المذهب الجماعية في هذه المسألة: فذهب أبو حنيفة وزفر ومن وافقهما إلى أنه إذا انفرد الأجير بالعمل من غير ملك المستأجر، ف تلف الشيء الذي استؤجر فيه بتقصير منه أو بشيء من أفعاله أو بنقصان من صنعته، فإنه يلزمه ويكون ضامناً إذا كان الأجير مشتركاً. ^٢ وهذا هو رأي الشيعة الإمامية أيضاً، إلا أن الأجير المنفرد عندهم المشترك. وقد قال الطوسي وما روي عن علي بن أبي طالب (ﷺ) أنه كان يضمن الأجير، محمول على أنه إذا كان بفعله. ^٣

وقال أصحاب هذا الرأي إن الأجير أو الصانع لا يضمن في غير الحالة المذكورة، لأن العين أمانة في يده إذا القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز منه، لم يضمنه ولو كان مضموناً لضمنه، كما في المغصوب .

والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً، ولهذا لا يقابله الأجر، بخلاف المودّع بأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر. وهذا هو رأي الإمام أحمد وإسحاق أيضاً. وقال أبو يوسف ومحمد: إن تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه كالحريق لا يضمنه، وإن تلف بأمر يمكنه دفعه ضمنه، وهذا في الأجير المشترك، وأما الأجير المنفرد فلا ضمان عليه. ^٤

^١ انظر المرجعين السابقين.

^٢ راجع فتح القدير ١٢٢/٩ فما بعدها.

^٣ راجع الخلاف للطوسي ٧١٦/١.

^٤ فتح القدير المرجع السابق.

وللشافعي فيه قولان: أحدهما إذا انفرد بالعمل في غير ملك المستأجر فإنه يكون ضامناً متى تلف بأي شيء تلف، بالسرقة أو بالحرق أو بشيء من فعله أو غير فعله، وهو قول الإمام مالك وابن أبي ليلى والشعبي.
وقوله الآخر هو إنه لا ضمان عليه، سواء كان منفرداً أو مشتركاً، وقبضه قبض أمانة، وهو قول عطاء وطاوس.

وقال الربيع: كان الشافعي يمتدّد إنه على الصانع البتة^١.

الترجيح:

والراجع من وجهة نظري هو الأخذ بقول أبي يوسف ومحمد، من عدم تضمينهم في حالات الظروف القاهرة كالحريق والفيضان والزلازل، أما في الحالات التي يمكن دفع التلف، فالمصلحة تقضي بضمانهم، سواء ثبت قصورهم أم لا، حماية لأموال الناس من التلاعب بها من قبل أصحاب الحرف الصناعية، إذا اطمأنوا إلى عدم تضمينهم إلا بشبوت قصور، وذلك للتعميل الذي قال به علي بن أبي طالب، من أنه لا يصلح الناس إلا ذلك.



الفصل الثاني

اختلاف فقهاء التابعين لاختلافهم في الاجتهاد بالرأي

المفروض: ان التشريع في عهد التابعين^١ يعتبر امتداداً لتشريع عهد الصحابة، غير إنه طرأ عليه تغير ملموس بسبب اختلاف في الاجماع وحجيته، وفي حجية القياس، وبقيّة الطرق الموصلة الى الأحكام الشرعية من المصادر التبعية، ويعزى هذا التغير في العمل بهذه الأصول التشريعية الى الانقسام الطائفي: "أو السياسي" بين المسلمين الى الشيعة والخوارج والجمهور فالشيعة: غالوا في حب سيدنا علي وآله، ورأوا حصر الخلافة فيهم .

والخوارج: اعتبروا الخلافة حقاً عاماً لكل من يصلح من عامة المسلمين يختاره الناس بالاختيار العام الحر، سواء كان عربياً قرشياً أو عبداً حبشياً^٢. ويرون أن الحكم الشرعي لا بد أن يكون عن طريق الإمامة وللإمام السلطان الدينية والدنيوية.

وجهور المسلمين: انقسموا الى ناحيتين في النزاع الفقهي: ففريق وقف عند ظاهر النصوص والآثار ولا يبعد عنها ولا يلجأ إلى الرأي إلاّ عند الضرورة القصوى. وقد شاع هذا المذهب في الحجاز واشتهر بمذهب أهل الحديث .

وفريق توسع في الأخذ بالرأي، إذا لم يجد النص. وقد شاع ذلك في العراق واشتهر بمذهب أهل الرأي. ويتضمن هذا الفصل مباحث ثلاثة.



^١ اختلف العلماء في تعريف التابعي، فمنهم من قال: هو من لقي واحداً من الصحابة فأكثروا، فمن لاقى صحابياً يتحقق له وصف التابعي، ومنهم من اشترط المصاحبة معه فترة والسماع منه، كما سبق في اختلاف مفهوم الصحابي.

^٢ تاريخ الفقه الإسلامي للأستاذ محمد علي السائيس عبادة ١/٢٣٣.

المبحث الاول اختلاف الشيعة مع الجمهور

كان لظهور فكرة التشيع اثر بالغ في التشريع الإسلامي وفي الاختلاف في أصوله وفروعه، إذ قد رفض الشيعة القول بحجية اجماع غير العترة، لأنهم لا يرون الاجماع دليلاً مستقلاً، بل عندهم الحجة في رأي المعصوم الذي هو من بين المجمعين.

ومن تتبع المراجع الفقهية لدى الشيعة الإمامية يجد لديهم شيوع استعمال تعبير "ودليلنا اجماع الفرقة" أو اجماع الفرقة المعقة، ونجد ذلك بكثرة في كتاب "الخلاف في الفقة" للطوسي. ورفضوا أيضاً القول بالقياس وحجيته، لأنه رأى والدين لا يؤخذ بالرأي، وإنما يؤخذ عن الله وعن رسوله وعن الأئمة المعصومين.

ويعزى ذلك الى أن من أصول الشيعة الإمامية أن الله في كل أمر أو حادث مهما كان قليل الخطر، حكماً معيناً، سواء في ذلك العبادات والمعاملات.

وهذه الأحكام عرفها الرسول (ﷺ) بالوحي والالهام من الله، وبيّن منها حال حياته ما اقتضت الحكمة والحاجة بيانه، وأودع سائرهما أوصيائه، ليبين كل منهم في زمنه ما تدعوه الحاجة والحكمة إلى بيانه، لذا قالوا: إنا نوجب المعصوم في كل زمان وهو سيد الأمة، فاجماع العترة حجة، لأنه تعبير عن قوله.

وقالوا يدل على عصمة أهل البيت قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾^١.

وقول الرسول (ﷺ) ((إني تارك فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدي: كتاب الله وعترتي أهل بيتي)).

ونوقش هذان الدليلان بأنه لا دليل في الآية على عصمة أهل البيت، فلا عصمة إلاّ للأنبياء، وإن الحديث من الأحاديث التي لم تثبت صحتها عند علماء الحديث.

وبنوا أيضاً على قولهم بالأئمة المعصومين رفضهم للقياس وحجيته، لأنه لا ضرورة لاستعمال القياس. وقالوا: القياس هو العمل بالرأي، وأحكام الله لا يصح أن يكون مرجعها

الرأي. أما الأئمة فهم معصومون من الخطأ في هذه الأحكام، فما يروونه يعتبر نصوصاً من قبل الشارع.

فمرجع الأحكام الشرعية هم الأئمة دائماً لا غيرهم.^١
وكان للاختلاف المعروف أعلاه أثره البالغ في الفقه الإسلامي، في أصوله وفروعه، حيث اختلف الشيعة مع أهل السنة في كثير من المسائل الأصولية والفقهية.
وهاكم نموذجاً منها:

أ - في المسائل الأصولية: أجمع الصحابة على صحة الترتيب الزمني للخلفاء الراشدين، بينما يرى الشيعة عدم شرعية هذا الترتيب وأحقية سيدنا علي بن أبي طالب (ع).
بالخلافة قبل الكل .

ب - في المسائل الشرعية: أقتصروا على عرض بعض المسائل الخلافية في الموارث التي خالف فيها الشيعة الإمامية غيرهم من فقهاء المسلمين منها:

١ - إذا اجتمعت أخت شقيقة أو من الأب مع البنت، فعند جمهور المسلمين للبنت النصف وللأخت الباقي بالتعصيب، وهذا الحكم ثابت بالإجماع منذ عهد الصحابة. وقال الشيعة الإمامية: للبنت جميع المال، نصفه بالفرض ونصفه بالرد.
قال الطوسي: "دليلنا إجماع الفرقة".^٢

٢ - قالوا: الابن الأب والجدة والأخ والعمة وابن العم يأخذون بالفرض فقط، لا بالتعصيب. قال الطوسي: "ودليلنا إجماع الفرقة على بطلان القول بالتعصيب".^٣
وهذا مخالف لما أجمع عليه فقهاء أهل السنة من تقسيم الورثة إلى ذوي الفروض والعصبة وذوي الأرحام.

٣ - البنت مع بنت الابن، للبنت النصف ولبنت الابن السدس، تكملة للثلاثين، والباقي للعصبة، فإن لم توجد فيرد عليهما بنسبة حصصهما. وهذا حكم ثابت بإجماع فقهاء أهل السنة. وعندهم المال للبنت نصفه بالفرض ونصفه بالرد. قال الطوسي: "دليلنا إجماع الفرقة".^٤

^١ انظر مبادئ الوصول للحلي من علماء الشيعة ص ١٩٠ تاريخ الفقه الإسلامي للشهاوي.

^٢ انظر الخلاف للطوسي ٤٩/٢.

^٣ المرجع السابق.

^٤ المرجع السابق ٤٧/٢.

٤ - البنت مع الأب: للبنت النصف وللأب السدس فرضاً، والباقي تعصيباً بإجماع فقهاء أهل السنة. وعندهم الباقي يُرد عليهما على قدر سهامهما. قال الطوسي: "دليلنا إجماع الفرقة".^١

٥ - الجد "أب الأب" يجب الإخوة من الأم باتفاق فقهاء الجمهور، على الأب أو ابن الابن بإجماع درجة القرابة. وهم يرفضون العمل بهذا القياس، فيورثون الإخوة من الأم ثلث المال، والباقي للجد. ويقول الطوسي: "دليلنا إجماع الفرقة".^٢

٦ - إذا اجتمع ابن العم الشقيق مع العم من الأب، يُقدم العم من الأب، لأنه أقرب إلى الميت من ابن العم الشقيق. وهذا مما أجمع عليه الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة. وخالفهم الشيعة الإمامية، فهم يُقدمون ابن العم المذكور على العم من الأب. قال الطوسي: "عم لأب من ابن عم لأب وأم: المال لابن العم للأب والأم دون العم للأب. وخالف جميع الفقهاء في ذلك. ودليلنا إجماع الفرقة. فإنهم لا يختلفون في ذلك، ويقولون إن أمير المؤمنين عليه السلام كان أولى من العباس لو جاز أن يرثا مع البنت،^٣ لأن القول بالتعصيب باطل عندهم".^٤

وهكذا يستدل الطوسي على كل مسألة من المسائل المذكورة وغيرها بإجماع فرقته وأخبار أئمتهم المعصومين، بينما يرى الجمهور أنه لا يوجد من بين نصوص الشريعة الإسلامية ما يدل على حجية هذا الإجماع أو على عصمة الأئمة. فالحجية ثابتة لاتفاق جميع أمة محمد (ﷺ)، لا لفرقة منهم، والعصمة تكون للأنبياء أو للأئمة من حيث الكل، لا لمجموعة معينة منها.

^١ المرجع السابق ٥٢/٢.

^٢ المرجع السابق ٦٨/٢.

^٣ يقصد بنت رسول الله (ﷺ) لأن الأنبياء يورثون عندهم.

^٤ الخلاف للطوسي ٣٦/٢.

المبحث الثاني اختلاف الخوارج مع الجمهور

سبق في تمهيد هذا الكتاب من هم الخوارج وما هي مبادئهم وتعاليمهم؟ فأعود وأذكر بعضاً من تلك التعاليم وأثرها في الفقه الإسلامي.

ويعتبر من أشهر تعاليم الخوارج ما يلي:

- ١ - الخلافة تكون لمن اختاره المسلمون ولو لم يكن قرشياً أو عريباً.
- ٢ - لا يعفيهم من الخروج "على الامام الذي لم يكن اختياره من الائمة" ضعف شوكتهم وشدة شوكة الامام، مهما بلغ الأمر من ذلك.
- ٣ - يعتبرون الأعمال من صلاة وزكاة وغيرها جزءاً من الإيمان، فلا يتحقق إيمان المرء بالتصديق القلبي فقط^١. ولهذا فعنهم من يُقر كفر بعض المسلمين، ومنهم من يقر لهم منزلة بين المنزلتين "أي بين الإيمان والكفر"....

وكان لتعاليمهم هذه وغيرها أثر بالغ في الفقه الإسلامي من حيث مصادره وفروعه، فالمغالون منهم الذين يكفرون بعض من سواهم، رفضوا العمل بالسنة - كما ذكرنا سابقاً - واقتصروا على القرآن. أما غير المغالين فقد أخذوا بسنة رسول الله (ﷺ) أيضاً، شريطة أن تصلهم عن طريق أئمتهم. ثم إنهم - باستثناء الاباضية - رفضوا العمل بالاجماع والقياس، لأن القول بالاجماع اعتراف بغيرهم من الذين يُفسقونهم أو يُكفرونهم، وهو يتعارض مع تعاليمهم. ولأن القياس رأي، والدين لا يؤخذ بالرأي. وهذا يعني تمسكهم بظواهر النصوص وعدم الأخذ بالاجتهاد بالرأي مطلقاً.

ويرتب على رفضهم العمل بالاجماع والقياس وغيرها من أكثر الأصول للشرعة الإسلامية، اختلافهم مع الجمهور في كثير من الأحكام الشرعية، معظمها تعتبر غرقاً لاجماع الصحابة (رضي الله عنهم). وهاكم نموذجاً منها:

- ١ - أجمع الفقهاء من الصحابة وغيرهم على تسرب حرمة الرضاع من الوالد لأولاده ذكوراً كانوا أو إناثاً. واستندوا في إجماعهم هذا إلى قوله (ﷺ) ((يُحرم من الرضاع

^١ انظر تاريخ الفقه الاسلامي للاستاذ الشهابي ص ٣٦.

ما يحرم من النسب)١. مع الخلاف في بعض التفصيلات كالمقدار المحرم من الرضعات، وكمن يستثنى عن قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وخرق الخوارج هذا الإجماع فقالوا: إن القرآن لم يحرم إلا الأم المرضعة والأخت بالرضاع، وأحلّ غيرهما بقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾. وهذا يعني أن الخوارج لا يرون تخصيص عموم هذا النص، لا بالإجماع ولا بالحديث المشهور المعروف (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

٢ - أجمع الصحابة على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها، استناداً إلى نهي رسول الله (ﷺ)، فهذا الحكم ثابت، بينما خالف فيه الخوارج كالشيعة فقالوا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، لأن القرآن لم يحرم سوى الجمع بين الأختين ولا يقاس عليهما غيرهما.

٣- رجم الزاني المحصن عليه الجمهور استناداً إلى آية "الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة"، المنسوخة تلاوتها فقط وباتى حكمها معمولاً به في عهد الرسالة والصحابة، وقد طبق رسول الله (ﷺ) هذا الحكم على ماعز وغيره. وذهب إلى خلاف هذا الإجماع الخوارج، فرفضوا القول بوجود حكم الرجم في الشريعة الإسلامية وقالوا: إن حد الزاني البكر والزاني المحصن واحد، هو مائة جلدة بقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾. واستدلوا على زعمهم في نفي الرجم بقوله تعالى في الإماماء: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْنَّ نِصْفَ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾٢.

قالوا: إن هذه الآية تدل على عدم ثبوت الرجم بالنسبة إلى المحصنات، لأن الرجم اتلاف للنفس، واتلاف النفس لا يتبعض، فكيف يكون على الإماماء نصفه؟

وردة أنصار الرجم هذا الاستدلال بأن المراد: فإذا أحصن بالتزوج، فإن زنين فحدّهن نصف حد الحرائر. وظاهر هذا أن الأمة لا تحد إذا زنت، ما لم تتزوج. وحكى هذا مذهباً لمجاهد وطاوس. والراجح إن قوله تعالى ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ﴾ لم يجرى الشرط، بل جيء به لدفع توهم أن الزواج يزيد في حدّهن، فلا مفهوم له. فالأمة بكل حال حدّها نصف حد الحرائر غير المتزوجات، وهو خمسون جلدة، ويدل على ذلك ما رواه

١ متفق عليه، سبل السلام ٢١٧/٣.

٢ النساء/٢٥.

الشيخان عن زيد بن خالد الجهني: أن النبي (ﷺ) سئل عن الأمة إذا زنت ولم تُحصن، قال: إِذَا زَنَتِ الْأُمَةُ فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَيَسْعُوهَا وَلَوْ بِضَفْفَيْهِ^١.

والذي يَهْمُنَا هنا موضوع الرجم، لانتشاره في العالم الإسلامي خطأ. لا توجد في القرآن الكريم آية واحدة تُشير من قريب أو بعيد إلى مشروعية رجم الزاني المحصن أو الزانية المحصنة،^(٢) ويعكس ذلك في القرآن آيات كثيرة تدل دلالة قطعية على أن عقوبة الزنا بصورة مطلقة، عذاب دنيوي يتمثل بالجلد والحبس والعزل وغير ذلك. ومن تلك الآيات ما يلي:

أولاً: قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣).

ومن البدهي أن صيغتي الزانية والزاني من اسم الفاعل المحلى ب(ال) الاستفراق، والقاعدة الأصولية المتفق عليها أن اسم الفاعل إذا كان على ب(ال) الاستفراق يُفيد العموم، والعام يؤخذ بعمومه ما لم يثبت تخصيصه. وقضاء الرسول (ﷺ) بالرجم إذا كان قبل نزول هذه الآية عملاً باجتهاده المسند إلى الشريعة اليهودية (التوراة) والعرف الجاهلي، كما يأتي تفصيله في المبحث الثاني. فلا يُخصص عموم الآية المذكورة بهذا القضاء..

وعقوبة الرجم للزاني والزانية لم تأت في القرآن، رغم أنها جاءت في التوراة، ولكن تأثر المسلمون بذلك فأضافوا عقوبة الرجم إلى عقوبة الجلد لجرمة الزنا في حالة الإحصان، وقد انشغل الفقهاء بأحاديث الرجم التي ألغت التشريعات القرآنية الخاصة

^١ نيل الاوطار ١٣٧/٢.

^٢ ليس في القرآن من عقوبة للزنا غير الجلد، وليس في القرآن رجم الزاني، مع أن مصطلح الرجم ومشتقاته جاءت في القرآن في معرض تهديد المشركين للأنبياء والمؤمنين كما في سورة (هود/٩١) وسورة (مريم/٤٦) وسورة (الدخان/٢٠) وسورة (يس/١٨) وسورة (الكهف/٢٠) وسورة (الشعراء/١١٦).

^٣ التور: ٢.

ثالثاً: قوله تعالى في آية اللعان: ﴿وَيَذَرُهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾^(١)

ولم يقل القرآن الكريم في هذه الآية (ويذراً عنها الموت أو عقوبة الرجم)، مع أن فعل ذراً ورد مع الموت في القرآن في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ قَالُوا لِإِخْوَانِهِمْ وَقَعَدُوا لَوْ أَطَاعُوا مَا قَتَلُوا قُلّاً فَذَرَكُوا هُنَّ أَنْفُسِكُمُ الْمَوْتَ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^(٢) والعذاب في هذه الآية هو نفس العذاب في الآية الثانية من سورة النور ﴿وَلْيَشْهَدْ حَذْرُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

رابعاً: قوله تعالى في حق نساء النبي (ﷺ): ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ حِفْظَيْنِ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾^(٣) والعذاب في هذه الآية هو نفس العذاب في سورة النور الآية رقم (٢)، وهو (١٠٠) جلدة، لأن الموت أو الرجم لا يُضاعف، وأن الذي يُضاعف هو الجلد.

خامساً: قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَدَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الصِّدْقَ أَكْتَوْا اللَّهَ وَرَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَكَذَلِكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْضَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(٤).

فعقوبة الزانية المحصنة في هذه الآية هي الطرد من المنزل الذي عليها أن تبقى فيه لقضاء عدتها.

سادساً: قوله تعالى في سورة النساء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْفُوا النِّسَاءَ كَرَاهًا وَلَا تَضْرِبُوهُنَّ لِئَتَّخِذْنَ مِنْكُمْ سَبِيلًا وَإِنْ كُنْتُمْ تَهْتَدُونَ فَتَمَسُّوا فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(٥).

ففي هذه الآية الكريمة جعل سبحانه وتعالى عقوبة الزانية المحصنة العضل وأخذ

^١ النور: ٨

^٢ آل عمران: ٦٨

^٣ الأحزاب: ٣٠

^٤ الطلاق: ١

^٥ النساء: ١٩

بعض مما آتاهما الزوج إذا ارتكبت جريمة الزنا، بدلاً من الرجم رغم كونها عصنة.
سابعاً: قوله تعالى في سورة النساء ﴿وَاللَّامِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نُسَافِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا
عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ
يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾^(١).

فعقوبة الزانية المحصنة في هذه الآية حبسها في البيت، والقول بأن آية الحبس في
البيت نُسخت بالآية الثانية من سورة النور، خطأ فاحش، لأن جريمة الزنا إما أن
تكون بين الأنثيين (المساحقة) فعقوبتها الحبس في البيت. أو بين الذكرين (اللواط)
فعقوبتها الإيذاء. أو بين الذكر والأنثى فعقوبتها مئة جلدة. فأين التعارض بين هذه
الآيات، حتى ينسخ بعضها بعضاً لرفع هذا التعارض.^(٢)

ثامناً: قوله تعالى في عقوبة اللواط التي يساوي في الحكم الزنا: ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِيَا مِنْكُمْ
فَاذْهَبَا فَإِنِ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّاباً رَّحِيماً﴾^(٣).
فالعقوبة في هذه الآية هي الإيذاء دون تحديد الرجم.

تاسعاً: عقوبة الحرمان من الزواج من قبل المؤمن، فالمرأة الزانية التي لا تتوب عن الزنا،
لا يتزوجها المؤمن، وكذلك الرجل الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة قبل أن يتوبا،
كما في قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ
أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٤).

ويتبين مما ذكرنا أن القرآن الكريم في الآيات المذكورة يعامل المرأة الزانية المحصنة على
أنها تظل حية بعد اتهامها بالزنا وإقامة عقوبة الجلد عليها، كذلك الزاني المحصن،
فالقرآن الكريم يحرم تجويز الزاني أو تجويز الزانية من الشرفاء، فلا يصح لمؤمن شريف
أن يتزوج زانية مدمنة على الزنا قبل التوبة، ولا يصح لمؤمنة شريفة أن تتزوج رجلاً
مدمناً على الزنا قبل التوبة، كما صرح بذلك القرآن الكريم في سورة النور، ولو كان
مصير الزاني أو الزانية هو الرجم حتى الموت، لما كان هناك تفصيل في تشريعات حياته
طالما هو محكوم عليه بالموت.

^١ النساء: ١٥

^٢ لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن.

^٣ النساء: ١٦

^٤ النور: ٣

وكذلك الأمر في عقوبة المطلقة الزانية بإخراجها من البيت ومنعها عن الزواج حتى تدفع بعض المهر، وإذا كان هناك عقوبة الرجم على تلك الزانية المحصنة لما كان هناك داع لتشريع يمنعها من الزواج مرة ثانية، أو يُسمح بطردها من البيت في فترة العدة.

وإضافة إلى ما ذكرنا، فإن الله سبحانه وتعالى يتوعد الزناة بمضاعفة العذاب والخلود فيه يوم القيامة إذا بقي إصرارهم على الزنا، إلا من تاب وآمن وعمل صالحاً، فأولئك يُبدل الله سيئاتهم حسنات، كما جاء في القرآن الكريم: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَكَامًا، يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا، إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا^(١)﴾.

ورغم عدم إشارة القرآن الكريم إلى الرجم من قريب أو بعيد، لا صراحة ولا ضمناً، فإن أحاديث الرجم غير الثابتة والانشغال بها أضاعت تشريعات القرآن فيما يخص تفاصيل العقوبة في الزنا، وتتبعهم نسخ هذه الأحاديث ما جاء في القرآن في حكم الزنا، وأبطلت الأحكام الواردة فيه. ورغم أن عقوبة الرجم لم ترد في القرآن، ومع أن العقوبة الواردة في جريمة الزنا تؤكد على الجلد فقط، إلا أن اقتناع بعض العلماء والفقهاء من المسلمين بأكذوبة الرجم جعلها الأساس التشريعي السائد حتى الآن في كتب الفقه الإسلامي وفي تطبيق الشريعة الإسلامية لدى بعض الدول الإسلامية. وما زالت نسبة كثيرة من رجال الدين يُدهشهم أشد الدهشة حين القول بأن الرجم ليس من تشريع القرآن والإسلام. علماً بأن من أكبر الجرائم أن تقتل النفس الزكية المتهمة بتهمة غير مبررة للقتل. كذلك من أعظم الجرائم على الإطلاق أن تُفتى تشريعات بقتل النفس البريئة ثم تُنسب إلى الله ورسوله، ﴿وَمَنْ أَهْلَمُ مِمَّنْ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَوْ كَذَّبَ بِآيَاتِهِ إِنَّهُ لَا يُفْلِحُ الظَّالِمُونَ^(٢)﴾.

وتلك العقوبات المذكورة باستثناء عقوبة العبد الزاني المحصن والجارية الزانية المحصنة، تُعد عقوبات إضافية لعقوبة الجلد.

ومن الجدير بالذكر أن الله سبحانه وتعالى قد وصف الفاحشة (الزنا) بصفة (مبيننة) في الآيات (الطلاق: ١)، (النساء: ١٩، ٢٥)، (الأحزاب: ٣٠)، أي ثابتة بالبيّنة الشرعية

^١ الفرقان: ٦٨-٧٠

^٢ الأنعام: ٢١

وهي شهادة أربعة رجال عادلين لا يرد أي اختلاف في إفادتهم وشهادتهم، أو بإقرار المجاني البالغ العاقل المختار بوقوع الجريمة الجنسية الفعلية أمام القضاء، وإلا لسقطت عقوبة الحد (١٠٠) جلدة وتحولت إلى عقوبة تعزيرية يحددها ولي الأمر بتعاون مع أهل الشورى، لأن القرآن الكريم حصر ثبوت جريمة الزنى بأربعة شهود أو إقرار المجاني أمام القضاء أربع مرات، وأكدت السنة النبوية ذلك، كما ورد في قصة ماعز وغيره.^(١)

عاشراً: أكنوبة (الشيخ والشيخة).

- هذه الأكنوبة الجاهلية^(٢) رويت بعدة تعابير منها:
- أ- (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة).
- ب- (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم).
- ج- (الشيخ والشيخة فارجموهما البتة بما قضيا من اللذة).
- د- (إذا زنى الشيخ والشيخة فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم).^(٣)
- علماً بأن كل جملة أو كلمة في القرآن متواترة في الثبوت، فلا اختلاف في تعابيرها.

هذه الأكنوبة في الأصل هي عرف جاهلي وفق التعاليم اليهودية وهي ليست آية قرآنية نُسخت تلاوتها وبقي حكمها، كما زعم السطحيون، للأدلة الآتية:

١- من له أدنى ذوق بلاغي يعلم أن هذه العبارة بعيدة عن كلام الله، لأن كل كلمة أو جملة أو آية في القرآن الكريم تتسم ببلاغة تفوق بلاغة كلام البشر.

٢- القول بأنها كانت آية قرآنية نُسخت تلاوتها وبقي حكمها، خطأ فاحش لأمرين:

أحدهما: لا نسخ في القرآن، كما أثبتنا ذلك في مؤلفنا (التيبان لرفع غموض النسخ في القرآن) بالأدلة العقلية والنقلية.

^١ لمزيد من التأكيد والفائدة، يُنظر الأستاذ أحمد صبحي منصور، الحوار المتمدن، العدد (١٠٦٥) في ٢٠٠٥/١/١. تحت عنوان (أكنوبة الرجم ألغت تشريعات القرآن في عقوبة الزنا).

^٢ وأضيفت إلى هذه الأكنوبة، أكنوبة أخرى كما ورد في نيل الأوطار ١٠٢/٧، من أنه كان ما أنزل على رسول الله ﷺ آية الرجم (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة بما قضيا من اللذة)، وكانت سورة الأحزاب توازي سورة البقرة، وكان فيها آية الرجم (الشيخ والشيخة) فنُسخت وبقيت منها (٧٣) آية. أليست هذه التهمة قولاً بالتحريف في القرآن كالتوراة والإنجيل!

^٣ فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٤٣/١٢

والثاني: نسخ المعنى والاحتفاظ بلفظه، أو نسخ اللفظ وبقاء معناه، خطأ يرفضه المنطق والعقل السليم، لأنهما متلازمان لزوماً يتيماً بالمعنى الأخص،^(١) فالغاء أحدهما يستلزم إلغاء الآخر بداهة في الذهن وخارج الذهن.

٣- الرجم منوط بالإحصان لا بالشيخوخة، فالشباب المحصن والشابة المحصنة يُرجمان على حد زعمهم، والمفهوم المخالف لتعبير الشيخ والشيخة، هو أنهما لا يُرجمان.

٤- الشيخ غير المحصن لا يُرجم وإن بلغ من العمر عتياً باتفاق الآراء.

٥- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بروايات مختلفة كلها كذب وافتراء:

ومنها ما يروى من أنه قال: (يا أيها الناس قد سُننت لكم السنن، وفُرضت لكم الفرائض، وتُرَكمت على الواضحة. وصفق بإحدى يديه على الأخرى، إلا ألا تَضَلُّوا بالناس يميناً وشمالاً، ثم إياكم أن تهلكوا عن آية الرجم، أن يقول قائل لا نجد حدين في كتاب الله. فقد رجم الرسول ورجلنا، وإني والذي نفسي بيده، لولا أن يقول الناس زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله، لكتبتهما ((الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة)). فإننا قد قرأناها).^(٢)

فهذه الاكذوبة المنشورة باسم سيدنا عمر، زور وبهتان وخطأ فاحش لا يُغتفر، للأدلة الآتية:

أ- كان عمر بن الخطاب أشجع الناس بعد النبي (ﷺ) في قول الحق وكان لا يخشى لومة لائم، فكيف يترك في القرآن ما هو يعتقد أنه قرآن ١٠٠٪.

ب- كيف يُقر إهمال ما هو قرآن في اعتقاده ١٠٠٪.

ج- هذه الاكذوبة مضطربة وهي رويت بروايات مختلفة.^(٣) ولو كانت آية قرآنية، لما حصل فيها الاختلاق في التمييز.

د- إن عمر لم يُنفذ هذا الرجم على أحد طوال فترة خلافته، ولو كان فعل، فإن تصريحه بأن هناك آية نُسخت لفظاً وبقيت حكماً لأول مرة لن يكون في آخر

^١ اللزوم بالمعنى الأخص هو الذي يكفي للجزم باللزوم تصور اللزوم والملزوم.

^٢ موطأ الإمام مالك ط/٢ ص/٢٤١.. صحيح مسلم ١٣١٧/٣. ابن ماجه في السنن رقم ٢٥٥٣.

فتح الباري ١٤٣/١٢.

^٣ ينظر موطأ الإمام مالك ص ٨٢٤.

حياته، بل يُفترض أن يأتي هذا التصريح عندما أراد أن يطبق حكم الرجم على أول من زنى في خلافته التي امتدت أكثر من عشر سنوات، لأنه لا يمكن يُتصور أنه قد طبق الرجم عدة مرات ثم يأتي في آخر عمره ويقول للناس مقالة تتلخص بأن هناك آية للرجم نزلت على محمد (ﷺ) ولكنها لم تُكتب في المصحف.^(١)

٦- كل آية أو جملة أو كلمة في القرآن متواترة، ولو كانت هذه الأكنوبة من القرآن لما حصل فيها الخلاف ولما رويت بروايات مختلفة.

٧- لو كانت هذه الأكنوبة الجاهلية قرآناً، لما انفرد عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بروايتها ونقلها للناس، لأن كل آية من آيات القرآن متواترة بإجماع العلماء والعقلاء.

٨- وفي فتح الباري شرح صحيح الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري^(٢): وأخرج النسائي أيضاً أن مروان بن الحكم قال لزيد بن ثابت -وهو من كتاب الوحي- ألا تكتبها في المصحف؟ قال: لا، ألا ترى أن الشابين الشيبين يُرجمان.

٩- وفي فتح الباري أيضاً كان زيد بن ثابت وسعيد بن العاص يكتبان في المصحف، فمراً على هذه الآية، فقال زيد: سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: الشيخ والشيخة فارجموها البتة، فقال عمر: لما نزلت آيت النبي (ﷺ) وقلت اكتبها، كأنه كره ذلك.

١٠- لو صح ما تُسبب إلى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من أكنوبة الشيخ والشيخة، للزم إتهام الرسول (ﷺ) بأنه ترك آية قرآنية وتولى بيانها عمر بن الخطاب، واللازم باطل وكذلك الملزوم.

١١- ولعل من أبرز ما يلاحظ على هذه الأحكام أن أكثرها قسوة وهو الرجم، قد اعتمد فيه على نص قالوا بأنه آية كانت موجودة في كتاب الله، وأن رسول الله بعد أن قرأها على الصحابة، لم يسمح بأن تُضمن في المصحف، بينما عمل بمقتضاها، حيث رجم الغامدية وماعزاً.

^١ يُنظر سنة الأولين، للأستاذ ابن فرناس، ص ٨٣٣

^٢ ١٤٣/١٢

١٢- وقد قيل في تأويل هذه الأكلوبة ثلاثة أقوال:

أحدها أنها نُسخَت، ولكن ماهي البراهين على ذلك وأين الآية الناسخة، إن سقوط آية ليس دليلاً على انتساخها.

والثاني أنها أنسيت، ولكن كيف يوحى الله بشيء ثم يُنسيه.

والثالث أنها أُهملت، ولعل هذه نكتة التي أشار إليها ابن حجر في شرح المنهاج وهو أن السبب في نسخ التلاوة وإبقاء الحكم، التخفيف عن الأمة الإسلامية بعدم اشتها تلاتها وكتابتها في المصحف. وإن كان حكمها باقياً لأنه أثقل الأحكام وأشدّها هولاً.

١٣- وأغرب ما قيل في هذه الأكلوبة، هو ما نُسب إلى أم المؤمنين عائشة (رضي

الله عنها) أنها قالت: إن باقي سورة الأحزاب كان مكتوباً في رقٍ موضوع تحت فراش محمد، ولما مات وذهبت لدفنه مع من ذهبوا، فرجعت فوجدت داجن بيت الرسول قد أكل الرق بما فيه من وحي ربه. ومن المعروف أن بعض المفسرين ذهبوا إلى أن سورة الأحزاب كانت بقدر سورة البقرة، إلا أنها نُسخَت آياتها بضمنها آية (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما) وبقيت (٧٣) آية.

فهذه الروايات المختلفة تُشوه الرسالة المحمدية والقرآن الكريم، كما تُنسب إلى القرآن التحريف.

١٤- هذه الأكلوبة في بدايتها انتشرت عن طريق موطأ الإمام مالك (رحمه الله)،

وَيُنَاقَشُ هذا الخبر من حيث الرواية والسند والمتن:

أ- من حيث الرواية: مالك بن أنس لم يكتب هذا الخبر، بل كان يروي الأحاديث النبوية ويسمعها منها تلاميذه ثم يكتبونها، ولذا تعددت روايات الموطأ حتى بلغت نحو عشرين نسخة مختلفة.

ب- من حيث السند: تتابع الأسانيد التي يكتبها محمد الشيباني تلميذ أبي حنيفة (رحمه الله)، وكان يقول: أخبرنا مالك، حدثنا يحيى بن سعيد، أنه سمع سعيد بن المسيب، يقول أن عمر بن الخطاب قال كذا وكذا.. وليس صحيحاً أن يروي سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب، لأنه كان عمره عامين حين استشهد عمر بن الخطاب، فكيف روى طفل صغير عن عمر، وهذا ما أشار

إليه للمؤرخ (ابن سعيد) في (الطبقات الكبرى)^(١) وهي أكبر وأقدم مصدر تاريخي لدى المسلمين.

ج- من حيث للفقهاء مصطلح الشيخ والشيخة لا يُفيد الإحصان، أو المحصن والمحصنة، فقد يصل الإنسان إلى مرحلة الشيخوخة دون زواج أو إحصان.

١٥- ما يُروى عن عمر (رضي الله عنه) فيه تناقض، كيف يعتبرها آية ثم يعتبرها زيادة في كتاب الله؟ يمتنع عن إضافتها إلى القرآن.

١٦- لو كانت أكلوبة (الشيخ والشيخة) آية قرآنية، لما انفرد بنقلها عمر بن الخطاب.

١٧- في هذه الأكلوبة اتهام النبي (ﷺ) بأنه ترك آية قرآنية لم يكتبها، مع أن الرسول (ﷺ) نهى عن كتابة غير القرآن، حتى لا يحصل الخلط بينه وبين السنة النبوية، وقال: ((لا تكتبوا عني شيئا سوى القرآن، فمن كتب عني غير القرآن فليحرقه)). ويقول علماء الحديث: "هذا هو الحديث الوحيد المتواتر".

١٨- من أضعف الكذب على النبي (ﷺ) أن تُنسب إليه تشريعات تُخالف القرآن الكريم.^(٢)

^١ الطبقات الكبرى ٨٨/٥ و ١٠٦.

^٢ لمزيد من التفصيل: يراجع مؤلفنا لا رجم في القرآن.

المبحث الثالث

انقسام الجمهور الى اهل الرأي واهل الحديث

قلنا الجمهور انقسموا الى فريقين في المنزعة الفقهي: فريق "فقهائهم" مذهب اهل الحديث "وقفوا عند النصوص، وفريق (فقهائهم) مذهب اهل الرأي (توسعوا في الرأي).

أ - مذهب اهل الحديث وهوامل شيوعه في الحجاز:

كان مقر المذهب المدينة المنورة، وعلى رأس فقهاه سعيد بن المسيب -رحمه الله-، وقد رأى هو وأصحابه أن أهل الحرمين الشريفين أثبت الناس في الحديث والفقه، فأكتب على ما بأيديهم من الآثار، فجمع فتاوى الخلفاء الراشدين، وفتاوى عائشة وابن عباس وزيد بن ثابت وابن عمر وأبي هريرة من الصحابة، وقضايا قضاء المدينة. وحفظ من ذلك شيئاً كثيراً ورأى أنه بعد كل هذا في غنى عن استعمال الرأي والاجتهاد. فإذا عرضت لفقهائهم هذا المذهب حادثة، عرضوها على كتاب الله عز وجل، ثم سنة رسول الله (ﷺ)، ثم آثار الصحابة، فإن اعيانهم البحث عن حكم تلك الحادثة، استعمالوا الرأي، وربما توقفوا عن الإفتاء، متبعين في ذلك طريقة شيوخهم مثل عبد الله بن عمر الذي كان يقف عند الآثار ويتورع عن الإفتاء بالرأي.

ويعزى شيوع هذا المذهب في الحجاز الى عوامل، أهمها:

- ١- تأثر فقهاء هذه المدرسة بتنزعة شيوخهم من الصحابة، كمعبد الله بن عمر، فإنه كان يتحرج عن الاجتهاد بالرأي ولا يفتي اليه الا عند الضرورة.
- ٢- وجود ثروة عظيمة من السنن والآثار وأقضية الرسول (ﷺ) وفتاوى كبار الصحابة عند فقهاء الحجاز. فبلادهم موطن الوحي ومنزل حملة الشريعة، فلم يكونوا بعد ذلك بحاجة الى استعمال الرأي.
- ٣- قلة الحوادث والوقائع بالنسبة لهم، خلاف ما عليه الحال في غير الحجاز. فكلما حدثت حوادث وجدوا حلها من الكتاب أو السنة أو أقضية وفتاوى الصحابة، وذلك بسبب طبيعة البيئة.

ب - مذهب أهل الرأي وأسباب شيوعه في العراق:

شاع مذهب أهل الرأي بين العراقيين، وكان على رأسهم إبراهيم النخعي (رحمه الله)، فكان يرى هو وأصحابه من الفقهاء: أن أحكام الشرع معقولة المعنى مشتملة على مصالح راجعة للعباد، وإنها يُبَيَّنُّ على أصول محكمة وعُكُل ضابطة لتلك المصالح. فكانوا يبحثون عنها ويعملون الحكم دائراً معها وجوداً وعدمها (أي في أحكام المعاملات دون العبادات وفي الأحكام التي تدرك عللها وحكمها دون الأحكام التعبدية).

وكانت هذه المدرسة تُعَيَّب على مدرسة الحجاز جمودها بسبب قولها بأن الأحكام الشرعية معظمها تعبدية لا مجال للرأي فيها، ووقوفها عند النصوص.

وكان فقهاء أهل الرأي إذا عُرِضت لهم حادثة يبحثون عن العلل لابتناء الأحكام عليها، وربما ردوا بعض الأحاديث لمخالفتها لتلك العلل، وخصوصاً إذا وجد ما يعارضها من أحاديث أخرى، متتبعين في ذلك طريقة معلمهم الأول، عبد الله بن مسعود. ويرجع مذهب أهل الرأي في العراق إلى أسباب عديدة أهمها:

١- تأثرهم بطريقة معلمهم الأول عبد الله بن مسعود، الذي كان متأثراً بأراء عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)، وابن مسعود (رضي الله عنه) منزلته في العلم بين الصحابة كانت عظيمة جداً، بحيث لا يستغني عن علمه مثل عمر.

وقال فيه عمر (رضي الله عنه): كنيف^١ ملن فقهاً، وفي رواية علماً.

وكان مع ابن مسعود: سعد بن مالك، وحذيفة، وعمار، وسلمان، وأبو موسى، من أصفياء الصحابة يساعدونه في مهمته.^٢

٢- ما عندهم من الأحاديث التي يعول عليها في نظرهم، كان قليلاً بالنسبة إلى المسائل التي يحتاجون إلى تعرّف أحكامها، فكان لابد لهم من استعمال الرأي.

وترجع قلة الأحاديث المعتمدة عليها إلى شدة احتياطهم في الحديث، حتى إنهم وضعوا شروطاً لقبوله لا يسلم منها إلا القليل، وذلك بسبب شيوع وضع الحديث في عهدهم.

^١ تصغير كنف وهو الوعاء، والتصغير للتعظيم.

^٢ راجع فقه أهل العراق وحديثهم للكوثري ص ٤٥/٥٢.

٣- طبيعة بيئة العراق: كانت اللجوء الى استخدام الرأي بسبب وجود مزيد من الحضارات العريقة، والثقافات المختلفة، والحياة المتطورة، فكانت معظم الوقائع وحوادث تختلف في طبيعتها عن وقائع وحوادث بلاد الحجاز، التي كان طابع البدانة فيها غالباً.

وهناك نقطتان أودّ أن أشير إليهما:

الأولى: ما ذكرناه من اختلاف نزعتي الحجاز والعراق، لا يعني أن كل فقهاء العراق كانوا من أهل الرأي، ولا أن كل فقهاء الحجاز يتحرجون عن استخدام الرأي، بل كان من بين العراقيين من يكره الرأي وينبذها ويأخذ بطريقة أهل الحديث، ومن هؤلاء عامر بن شرحبيل المعروف بالشعبي، فقد كان يقول: ما جئكم من رسول الله فخذوه، وما كان من رأيهم فاطرحوه في الحش.

وكان من بين الحجازيين أيضاً من يميل الى الرأي، كربيعة بن عبد الرحمن، شيخ الإمام مالك بن أنس، ولهذا لقب بريعة الرأي.

والثانية: إن فقهاء أهل الرأي لم يكونوا مفضلين الرأي على سنة رسول الله (ﷺ) في أي وقت مضى، فليس منهم من يقدم رأيه على السنة الصحيحة. إذ قد أجمع المسلمون على أن من استبان له سنة رسول الله (ﷺ)، لم يكن له أن يدعها لقول أحد. فالإتجاه السائد في العراق نحو استخدام الرأي كان بدافع العوامل التي سبق ذكرها. ومن المسائل الفقهية الخلافية المتفرعة عن خلاف فقهاء التابعين في الاجتهاد بالرأي عن طريق المصالح المرسلة ما يلي:

١ - الاختلاف في التسعير الاجباري:

امتنع الصحابة عن التسعير وتركوا الناس يبيعون ويشترون كما يشاؤون، لانهم وجدوا الرسول (ﷺ) لم يرض بالتسعير في عهده، كما روى أبو داود وغيره من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة قال: رجلاً جاء إلى رسول الله (ﷺ) فقال: يا رسول الله! سَعَرْتُ لَنَا، فقال: بل أَدْعُو اللَّهَ، ثم جاء رجلٌ، فقال: يا رسول الله! سَعَرْتُ لَنَا، فقال: بل الله يرفع ويخفض، وإني لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة^١.

^١ أنظر المنتقى شرح الموطأ ١٨/٥.

وعن أنس بن مالك قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله (ﷺ) فقال الناس: يا رسول الله! غلا السعر فسمّر لنا، قال: ((إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَمِّرُ، الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي، بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ))^١.

وروى البيهقي: بعد هذين الحديثين أثراً عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) جاء فيه أنه كان قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعره أو يدخله بيته فيبيعه كيف يشاء، لأنه كان يبيع دون سعر الناس فيلحق الضرر بهم، فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم في السوق، ثم رجع إليه وقال له: إن الذي قلت لك ليس بعزمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع^٢.

والحديثان يدلان على أن التسعير مظلمة وإذا كان مظلمة فهو مُحَرَّم، وكذلك أثر عمر بن الخطاب يدل على ذلك، لأنه أراد أن يطبق المصلحة في هذه المسألة كما يؤخذ من كلامه (أردت به الخير لأهل البلد)، والظاهر أنه تراجع بعد أن علم أن المضرة لم تصل بعد درجة توجب العدول عن العمل بظاهر النص، وهكذا بقي حكم عدم جواز التسعير معمولاً به في عهد الرسالة والصحابة، إلى أن جاء عهد التابعين فوقع الخلاف فيه بين فريق: يتمسك بظاهر ما كان عليه الرسول (ﷺ) وأصحابه في عهد الخلافه الراشدة، وبين فريق: يرى العدول عن ذلك الظاهر والأخذ بالمصالح المرسله بفرض التسعير الإجباري لدفع المضرة عن الناس.

فأفتى طائفة من فقهاء التابعين ومنهم سعيد بن المسيب، وربيعة بن عبد الرحمن، ويعبى بن سعيد الأنصاري... بجواز التسعير الإجباري، كما نقله عنهم أبو الوليد الباجي في شرح الموطأ، وأخذ به بعض المالكية والشافعية في حال الفلاء، وجماعة من أئمة الزيدية.^٣ وبقي كثير من فقهاء التابعين من المدرستين متمسكين بأقوال الرسول (ﷺ) وأثر عمر في تحريم التسعير لكل سلعة، وإلى هذا ذهب أكثر العلماء من المذاهب الجماعية.

والأصل الذي استند إليه أصحاب الرأي الأول من جواز التسعير الإجباري هو المصلحة المرسله، لأنهم وجدوا أن المصلحة تقتضيه لما فيه من دفع الضرر عن الناس، ورأوا أيضاً أنه

^١ القابض: المقتّر، والباسط: الموسّع.

^٢ رواه الحمصة إلا النسائي وصححه ابن حبان وأخرجه ابن ماجه والدرامي وأبو يعلى من حديث أنس واستاده على شرط مسلم راجع سبل السلام ٢٥/٣.

^٣ راجع السنن الكبرى ٢٩/٦ سنن أبي داود ٣٧٠/٣ سبل السلام ٢٥/٣.

^٤ انظر المنتقى شرح الموطأ المرجع السابق نيل الأوطار للشوكاني ٢٢٠/٥.

لا يخالف ما استقر عليه الحكم في عهد الرسالة والصحابة من عدم التسعير، لأن تركه آنذاك كان لعدم وجود ما يقتضيه، حيث أن الغلاء الذي شكوا منه إلى الرسول (ﷺ) لا يدل على وجود ما يقتضي التسعير، لأن الغلاء تارة يكون نتيجة لزيادة الطلب عن العرض، وتارة يكون لتحكم التجار المنتجين أو المستوردين للسلع رغبة في الحصول على ربح كبير، وإن الظاهر هو أن الغلاء في عهد الرسول والصحابة كان للسبب الأول، لظاهرة النفوس، ويعد الناس عن الجشع والانحراف إلى الاتجاه المادي الصرف، لأنه لو لم يكن كذلك لما تركه الرسول، إذ الغلاء بتحكم التجار ظلم للناس، فعلى الحاكم رفعه عنهم، فكيف يمتنع الرسول (ﷺ) عن دفع الظلم ورفعده؟

وأما من لم ير جواز التسعير الإجمالي، فقد تمسك بظاهر الحديثين وامتناع الرسول (ﷺ) عن التسعير لما فيه من جبر الناس على بيع أموالهم بما لا يرضون به، والله سبحانه لم يبيح أكل أموال الناس إلا إذا كانت تجارة عن تراض، وأخذ بهذا الرأي - كما قلنا - جمهور الفقهاء، فقالوا: بعدم جواز التسعير، لا فرق بين حالة الغلاء والرخاء، ولا بين الحاجات التي توجد بالبلد أو المستوردة، أخذاً بصراحة الأحاديث المذكورة وبالأثر الذي روى عن عمر بن الخطاب.

الترجيح:

والراجح - من وجهة نظري - هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من جواز التسعير الإجمالي - إن لم يكن واجباً - من قبل الإمام (أو السلطة القائمة)، لأن فيه رعاية لمصالح الناس، ومنعاً للإفساد عليهم، وليس فيه جبر للباعة على البيع حتى يكون منافياً للملك، ولكنه منع من البيع بغير هذا السعر حسب ما يراه المسؤولون من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع من ربحه ولا يسوغ له منه ما يضر الناس. ثم إن نهي الرسول أو امتناعه عن التسعير كان معلولاً بعدم ما يقتضيه في عهده، وبمجرد غلاء السعر الذي حدث في المدينة لا يوجب، فلما وقع في زمن التابعين ما يحوج إليه أفتوا به، وليس لأحد أن يظن أن في هذا نسخاً للحديث بالمصلحة، بل الحديث باق بحكمه، وإنما أوقفوا العمل بمقتضاه عندما أصبح العمل مفتوحاً للمصلحة العامة.

فإذا جاء وقت استغنى الناس عن التسعير بعملهم العادل الموزون يجمع بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة، فعندئذ يجب الرجوع إلى العمل بمقتضى السنة النبوية، ولو حدث في عهد الرسول (ﷺ) ما حدث في عهد التابعين من تلاعب التجار بالأسعار واحتكار

قوت الشعب واستغلال الظروف الإستثنائية، لقام الرسول بفرض التسعير الإجباري على الباعة، لأن الإسلام دين يروم دوماً التوفيق بين مصلحة الفرد والمجتمع. وتطبيق حكم التسعير الإجباري إذا كان مهماً عند جشع التجار وقت السلم، فإنه أهم بكثير أثناء الحرب وعقبها، حيث يمنح التجار إلى الإثراء على حساب الآخرين، ويتحكمون في أسعار كثير من السلع، وبخاصة الحاجات الضرورية، فعلى السلطة القائمة المبادرة إلى فرض التسعير الإجباري وضرب الأيدي الجشعة الاحتكارية بيد من حديد.

٢- الاختلاف في جواز شهادة القريب لقريبه:

ذهب سعيد بن المسيب ومن وافقه من فقهاء التابعين في المدينة إلى جواز شهادة القريب لقريبه من والد وولد وزوج وزوجة وغيرهم. وذهب القاضي شريح ومن وافقه من فقهاء التابعين في العراق إلى عدم جواز شهادة هؤلاء.

وروى عن الزهري أنه قال: ^١ لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا الأخ لأخيه ولا الزوج لامرأته، ثم دخل الناس ^٢ بعد ذلك، فظهر منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة، وصار ذلك من الوالد والولد والأخ والزوج والمرأة، ولم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان. ^٣ ويلاحظ أنه إذا رجعنا إلى نصوص القرآن والسنة، نرى أنها غير مقيدة بهذا القيد أو الشرط (أي ألا يكون الشاهد قريباً)، ولما تغيرت النفوس وضعف الإيمان وظهرت أمارات التهم، ذهب بعض فقهاء التابعين إلى هذا التقييد عملاً بالمصالح المرسلّة، لعدم ثبوت الحديث الوارد بهذا الشأن، فقال صاحب نصب الراية: حديث ((لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلَا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجُ لِمَرْأَتِهِ، وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ، وَلَا الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ، لَا الْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ)) حديث غريب لا يصلح سنداً، ^٤ ولأن كلام الزهري السابق (ثم دخل الناس بعد ذلك فظهر منهم أمور حمل الولاة على اتهامهم...) يدل على أن فقهاء التابعين ممن ذهبوا إلى عدم الجواز، لم يستندوا إلى نص ثابت، بل تمسكوا بالمصالح المرسلّة، لأنه لما ظهرت أمارات

^١ راجع إعلام الموقعين ١/ ١١٣.

^٢ دخل الناس: ظهر فيهم المكر والخديعة والفساد.

^٣ المرجع السابق تعليل الأحكام ص ٧٥.

^٤ راجع نصب الراية ٤/ ٨٢.

التهم رأوا أنهم إن تركوهم على ما كانوا عليه من قبول الشهادة يؤدي ذلك إلى ضياع الحقوق ووقوع الناس من الضرر والمخرج، فدفعاً لهذا الفساد ردوا شهادتهم عملاً بالمصلحة وخصصوا بها نصوص الشهادة.

ويلاحظ أن سعيد بن المسيب ومن وافقه من فقهاء مدرسة الحديث تمسكوا بظاهر النصوص وعمومها مما ورد بهذا الشأن، وأخذ برأيه بعض الفقهاء من أئمة المذاهب الجماعية كالشيعة الإمامية.^١

ومن قال بعدم جواز شهادة هؤلاء القاضي شريح من فقهاء التابعين في العراق وكان في بادئ الأمر يتفق مع فقهاء المدينة ثم رجع عن ذلك فقضى بعدم الجواز. وأخذ الجمهور من الفقهاء برأي القاضي شريح.^٢

^١ الخلاف للطوسي ٦٢٤/٢.

^٢ فتح القدير ٤٠٣/٧ فما بعدها المذهب للشيرازي ٢ / ٣٣٠ لكن عند الشافعية تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر.

الباب الرابع

اختلاف أئمة المذاهب الفقهية في الأحكام تبعاً لاختلافهم في المصادر التبعية

اختلف أئمة المذاهب الفقهية الجماعية بعد استقرارها في الاعتداد وتطبيق المصادر التبعية — وهي ما عدا الكتاب والسنة — من الإجماع، والقياس، وقول الصحابي، والمصالح المرسلة، والاستحسان، والاستصحاب، وسد الذرائع، والعرف... وغير ذلك من المصادر التبعية المختلف فيها.

وكان لاختلافهم هذا أثره الملموس في الخلاف في كثير من الأحكام الفقهية التي لم يدر بشأنها نص ظاهر من الكتاب والسنة.

ويتضمن هذا الباب فصلاً ثمانية نستعرض في كل فصل مصدراً من تلك المصادر المشهورة بصورة موجزة وبقدر ما يتعلق بموضوع الاختلاف.



الفصل الأول الاختلاف في الإجماع

ويشتمل على مبحثين:
الأول في الإجماع العام
والثاني في الإجماعات الخاصة.



المبحث الأول

الإجماع العام

الاجماع لغة: العزم: يقال اجمع فلان على كذا، أي عزم . والاتفاق: يقال اجمع القوم على كذا، أي اتفقوا .^١

وفي الاصطلاح: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد (ﷺ) في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي.^٢

ويؤخذ من التعريف ان انعقاد الاجماع يتوقف على توافر العناصر الآتية:

١- اتفاق المجتهدين: ^٣ فلا اعتداد باتفاق واختلاف غيرهم، ^٤ ولا يشترط عدد معين.
٢- اتفاق الجميع: فلو خالف واحد لا ينعقد الاجماع بالمعنى المصطلح عليه، لأنه يستند إلى الدليل، وقد يكون بجانب المخالف، فلا يمكن اهدار خلافه، فلا يكون حجة قطعية مع وجود هذا الاحتمال.

٣- أن يكون المجتهدون من أمة محمد (ﷺ)، فلا يعتبر اتفاق غيرهم لاختصاص أمته بالعصمة من الإجماع على الخطأ.

٤- أن يكون الاتفاق في عصر من العصور، فلا يشترط في كل العصور، والا لم يتحقق أبداً، ولا يمتد العصر إلى الانقراض خلافاً لبعض.^٥

٥- ان يكون الاتفاق بعد وفات الرسول (ﷺ)، إذ في عصره إن وافقهم فالحجة في موافقته، وإلا فالاتفاق باطل.

٦- أن يكون الاتفاق على حكم شرعي قابل للاجتهد، فالاتفاق على مسألة غير قابلة للاجتهد، أو على مسألة عقلية أو لغوية، لا يعتبر إجماعاً بالمعنى المصطلح عليه، ولم

^١ كشف الأسرار مع الزودي ٩٤٦/٣ التلويح على التوضيح ٣٢٦/٢.

^٢ شرح التوضيح على التنقيح ٣٢٦/٢.

^٣ المراد بالاتفاق: الاشتراك في الاعتقاد أو القول أو الفعل.. حاشية السعد على التوضيح ٣٢٦/٣.

^٤ خلافاً لبعض العلماء كابي بكر الباقلاني فإنه يعتبره مطلقاً . وجماعة يشترطون اتفاق العامة في أصول الشريعة.

^٥ خلافاً للبعض كامام الحرمين حيث قال يجب الا يقل عدد المجتهدين عن حد التواتر.

^٦ كالامام احمد وبعض اصحاب الشافعي .

يشترط الجمهور أن يكون هذا الاتفاق صريحاً في الكل، بل يكفي أن يكون ضمناً من البعض، وبذلك يكون الإجماع عندهم نوعين: صريح وسكوتي.
٧- ألا يكون مسبوقاً بإجماع مخالف.

والإجماع إما صريح وهو أن يبدي كل رأيه في المسألة صراحة، سواء اجتمعوا في مجلس واحد أم حضر البعض وبلغ الحكم الآخرون فوافقوا عليه صراحة، كإجماع الصحابة على خلافة أبي بكر (رضي الله عنه). أو سكوتي، وهو أن يبدي بعضهم رأيه في المسألة ويسكت الآخرون سكوتاً غير مقترن بأمارات الموافقة أو المخالفة، على أن يكون بعد فترة تكفي للبحث في المسألة.

الخلاف في إمكان انعقاد الإجماع وحجيته:

لا خلاف في إمكان الإجماع عقلاً، لأن العقل لا يمنع من تصور اتفاق المجتهدين في عصر على حكم من الأحكام، ولا خلاف في جوازه في ضروريات الأحكام، ولا خلاف في حجية إجماع الصحابة قبل انقسام المسلمين وقبل انتشار الصحابة في الأقطار الإسلامية.
إنما الخلاف في إمكانه من غير الصحابة في الأحكام التي لا تكون معلومة بالضرورة بأن كان الأجماع من مستند ظني.

واستدل من قال بعدم انعقاده وبالتالي عدم حجيته، بأدلة منها:

- ١- إن اتفاق المجتهدين على الحكم الواحد الذي لا يكون معلوماً بالضرورة حال عادة، كما إن اتفاقهم في ساعة واحدة على مأكل واحد والتكلم بكلمة واحدة حال.
- ٢- إن اتفاقهم فرع تساويهم في نقل الحكم إليهم، وانتشارهم في الأقطار يمنع نقل الحكم إليهم وذلك مما تقتضي به العادة.

٣- الاتفاق إما عن قاطع أو عن ظني وكلاهما باطل، أما القاطع فلأن العادة قهراً عدم نقله، فلو وجد لنقل فلما لم يُنقل علم أنه لم يوجد، كيف ولو نقل لأغنى عن الإجماع.

وأما الظني فلأنه يمتنع الاتفاق فيه عادة، لاختلاف الأفهام وتباين الأنظار، وذلك كاتفاقهم على أكل نوع معين من الفاكهة في وقت واحد، فإنه معلوم الانتفاء بالضرورة وليس ذلك إلا لاختلاف الدواعي.

وذهب الجمهور إلى أنه ممكن عادة وواقع فعلاً وحجة بالكتاب والسنة والمعقول.

أما وقوعه فعلاً: فهناك إجماعات وقعت لا يتصور إنكارها، منها: الإجماع على أن الماء إذا تغير أحد أوصافه الثلاثة "لونه، وطعمه، وريحه" بنجاسة، لا يجوز الوضوء به ولا الغسل منه.^١ الإجماع على حجب ابن الأبن بالأبن في الميراث، إلى غير ذلك من الأحكام التي اتفق عليها الكل، والوقوع دليل الإمكان، وأما حجيته فقد ثبتت بالكتاب والسنة والمعقول:

أ- الكتاب: استدل الجمهور بآيات كثيرة منها: الآية الكريمة ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^٢، لأنها تدل بالمنطوق على التوعد على متابعة غير سبيل المؤمنين، وسبيلهم هو الإتفاق والإجماع على الحكم الشرعي، وتدل بالمفهوم على حجية الإجماع. ب- السنة: وهي أقرب الطرق في إثبات كون الإجماع حجة قطعية، فمن ذلك ما رواه أجلاء الصحابة من أقوال الرسول، منها: ما رواه الترمذي عن ابن عمر: ((لا يجمع الله تعالى هذه الأمة على ضلالة أبدًا، ويد الله مع الجماعة، واتبعوا السواد الأعظم، فإنه من شد شد في النار)).^٣

وروى الحاكم بلفظ ((لا يجمع الله هذه الأمة على ضلالة ويد الله مع الجماعة)).^٤ وكذا روى الحاكم بلفظ ((سألت الله عز وجل أن لا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها)).^٥

فهذه الأحاديث وغيرها وما في معناها، وإن كان كل واحد منها خبر واحد يجوز تطرق الكذب إليه، إلا أن كل عاقل يحيد في نفسه العلم الضروري من جملتها.

ت- المعقول: إن إجماع عدد كثير من المجتهدين على حكم من الأحكام يعتبر عملاً عادة، ما لم يوجد لديهم الدليل القاطع الذي من أجله أجمعوا على ما يدل عليه.

^١ سبل السلام ٩١/١ العدد ٧٨/٢.

^٢ النساء/١١٥.

^٣ روى بالفاظ متقاربة رواها الترمذي عن ابن عمر وخرجها الترمذي وقال في بعضهم غرابة ورواها أبو

نعيم كشف القناع ص ٨٤.

^٤ التقرير والتحجير ٨٥/٣.

^٥ المرجع السابق.

وفي نظري أن الإجماع من حيث أنه دليل ومصدر من مصادر الأحكام الشرعية، ثابت ويمكن وقوعه في كل عصر، وقد وقع وقامت الأدلة على حجيته القطعية من الكتاب والسنة والمعقول كما سبق.

أما إمكان انعقاده، فبالنسبة للماضي أمر لا يحتاج إلى البيان إذ قد وقعت إجماعات كثيرة من مجتهدي الصحابة وغيرهم. كإجماعهم على إعطاء الجدة السدس ميراثاً، وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وجمع المصحف، إلى غير ذلك.

وبالنسبة إلى عصرنا، فأيسر من أي وقت مضى، وذلك لتوفر وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية، ففي موسم الحج، عندما يجتمع ممثلوا الدول الإسلامية ممن له أهلية الاجتهاد، بالأماكن مناقشة وقائع ومشاكل المسلمين في المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وفي مجال علاقات الدول الإسلامية فيما بينها من جهة وبينها وبين الدول الأخرى من جهة ثانية، ثم إصدار قرارات شرعية بشأنها من قبل علماء المسلمين، ممن يحضرون المؤتمر، ثم إبلاغ البقية بها عن طريق وسائل الإعلام، لاستحصال موافقة الجميع عليها، ولا يعني الإجماع سوى هذا الاتفاق.

المبحث الثاني

الإجماعات الخاصة

أ- إجماع أهل العترة :

للشيعة الإمامية مفهوم خاص للإجماع يختلف عن الإجماع بالمفهوم السابق لدى الجمهور، فهو عندهم عبارة عن اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأي المعصوم، لأن اتفاق جميعهم يحصل منه العلم بأنه مأخوذ عن رئيسهم.^١

ويؤخذ من هذا أمور ثلاثة:

١. وجوب اتفاق طائفة تؤمن بوجود معصوم وأنه لا يخلو منه عصر من العصور إما ظاهر مشهوراً أو خفياً مستوراً.

٢. اتفاق غير الإمامية إن لم يكونوا هم فيها لا يُعد اتفاقاً يتحقق به الإجماع.

٣. أن الحجة ليست في الإجماع نفسه، بل في قول المعصوم الذي يكشفه هذا الإجماع: قال الخلي: "إجماع أمة محمد صلى الله عليه وآله حق. أما على قولنا فظاهر، لأننا نوجب المعصوم في كل زمان، وهو سيد الأمة، فالحجة في قوله".^٢

أما موقف الشيعة الزيدية فإنه يشبه إلى حد ما موقف الإمام مالك في إقرار نوعين من الإجماع: الأول: إجماع مجتهدي أمة محمد (ﷺ) وهو ما ذهب إليه الجمهور، والثاني: إجماع أهل العترة وهو ما أخذ به الشيعة الإمامية، غير أن القول بالنوع الثاني من الإجماع ليس رأي الكل، بل قال به أكثرهم.^٣

ويختلفون مع الشيعة الإمامية في أن الحجة تكون في نفس الإجماع، فهو مصدر مستقل وليست في قول المعصوم. واستدل القائلون من الشيعة بحجة إجماع أهل العترة بالكتاب والسنة والعقول.

^١ انظر القوانين المحكمة، الباب السادس، طبع حجر ايران غير مرقم الصفحات.

^٢ مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص ١٩٠.

^٣ معيار العقول في علم الأصول مخطوطة دار الكتب المصرية ورقة رقم ٩٣.

أ- أما الكتاب فقله تعالى ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾^١. وجه الاستدلال: إنه سبحانه وتعالى أخبر بذهاب الرجس عن أهل البيت بـ"إنما" وهي للمعصر. فإخفاً أو الضلال يعتبر من الرجس فكان منتفياً عنهم^٢.

ب- أما السنة فقد استدلو بأحاديث لا وجود لها في كتب الصحاح، منها قالوا: قال رسول الله: إني تارك فيكم الثقلين فإن تمسكتم بهما لن تضلوا كتاب الله وعترتي. وهم يرون أن هذا يدل على أنه لا تنف الحجة على غيرهما.

ج- أما المعقول: فهو أن أهل البيت اختصوا بالشرف والنسب وأنهم أهل بيت الرسالة، ومعدن النبوة والوقوف على أسباب التنزيل ومعرفة التأويل وأفعال الرسول وأقواله، وأنهم معصومون عن الخطأ على ما عرف من الآية المذكورة فكانت أقوالهم وأفعالهم حجة على غيرهم، بل قول الواحد منهم حجة ضرورة عصمته عن الخطأ كأقوال النبي وأفعاله.

ونوقشت هذه الأدلة بمنع أن الخطأ رجس لأن الرجس هو الإثم أو العذاب أو كل مستقذر ومستنكر، ثم إن المراد بأهل البيت أزواج النبي (ﷺ) بقرينة السياق واللتحاق، أما السياق فقله تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ...﴾ الآية^٣. وأما الالتحاق فقله تعالى: ﴿وَأَكْرَمُوا مَا يُلْقَى فِي بُيُوتِكُمْ مِّنْ آيَاتِ اللَّهِ وَالْحِكْمَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ لَطِيفاً خَبِيراً﴾^٤. وإن الخبر غير ثابت، وعلى تقدير صحته فالمراد بالثقلين الكتاب والسنة، لا الكتاب والعتر، إذ لا أثر لاختصاصتهم بالشرف والنسب في الاجتهاد واستنباط الأحكام من مداركها بل المعول في ذلك إنما هو على الأهلية للنظر والاستدلال ومعرفة مدارك الشريعة وذلك مما لا يؤثر فيه الشرف ولا قرب القرابة^٥.

ب - إجماع أهل المدينة:

ذهب الإمام مالك رحمه الله ومن وافقه من أصحابه إلى أن اتفاق أهل المدينة يعتبر إجماعاً أيضاً ومصدراً من مصادر التشريع الإسلامي إلى جانب الإجماع العام. ويدل على

^١ الأحزاب.

^٢ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/١٨٢.

^٣ الأحزاب/ ٣٢.

^٤ الأحزاب/ ٣٤.

^٥ أنظر كشف الأسرار مع البزدوي ٣/٩٦٢. الإحكام للآمدي ١/١٨٣.

ذلك ما أورده القرافي من مصادر التشريع: "ان الأدلة هي: الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصالح المرسلة، والاستصحاب الخ"^١.
وأما ما نسب إلى الإمام مالك رحمه الله من قبل بعض العلماء كالغزالي رحمه الله من ان الحجة في إجماع أهل المدينة فقط، فلا صحة له، فإن مالكا كما قال بحجة إجماع أهل المدينة، قد أقر حجة إجماع الأمة من باب أولى، لأن إجماع مجتهدى الأمة يتضمن إجماع أهل المدينة، ويدل على ذلك تعبيرهم عن أهل الإجماع بأهل الحل والعقد.^٢

ثم إن إجماع أهل المدينة إنما يكون على الخلاف بين المالكية والجمهور إذا كانوا على انفرادهم، أما إذا كانوا مع الجمهور بأن يكون إجماعهم ضمن الإجماع العام، فلا خلاف في ذلك.

وأما على انفرادهم فقد قال مالك إذا أجمعوا على حكم يجب العمل به ولا اعتداد بخلاف غيرهم.

غير المالكية اختلفوا في تحديد مراد الامام مالك من قوله "إجماع أهل المدينة حجة": فقال بعض فقهاء مالك: انما اراد ذلك فيما كان طريقه النقل المستفيض كالصاع، والمد، والآذان، والإقامة، وعدم وجوب الزكاة في الحضرات .. مما تقضي العادة بوجوده في زمن النبي (ﷺ) فانه لو تغير عما كان عليه لعلم.
فأما مسائل الاجتهاد فهم وغيرهم سواء، وحكى ذلك القاضي في التقریب عن شيخه الابهرى.^٣

وقال جماعة كابن بكير: اتفاق أهل المدينة إجماع وحجة مطلقا سواء كان عن رأي او قياس او نقل.^٤

وقال الجرجاني: انما اراد مالك اتفاق الفقهاء السبعة وحدهم.
ويرى البعض: ان قول مالك عمول على أن رواية أهل المدينة متقدمة على رواية غيرهم.^٥ وقد أشار الشافعي الى هذا الرأي في التقديم.^٦

^١ راجع شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٥.

^٢ المرجع السابق ص ٣٢٢.

^٣ راجع إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢.

^٤ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥٠٧/٤.

^٥ مختصر المنتهى لابن الحاجب مع العضد والسعد ٣٥/٢.

^٦ إرشاد الفحول، المرجع السابق.

احتج من انتصر لمذهب مالك في قوله بمجبة اجماع اهل المدينة بالنص والمعقول:

أ - النص: قال (رحمته الله) ان المدينة طيبة تنفي خبثها كما ينفي الكبر خبث الحديد وجه الاستدلال ان الخطأ من الخبث فكان منفيًا عنها.^١

ب - المعقول: استدلووا بثلاثة أوجه:

١ - إن المدينة دار هجرة النبي (رحمته الله) ومدفنه ومهبط الوحي ومستقر الإسلام وجمع الصحابة فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها.

٢ - إن أهل المدينة شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل وكانوا أعرف بأحوال الرسول من غيرهم، فوجب ألا يخرج الحق عنهم.

٣ - ان رواية اهل المدينة مقدمة على رواية غيرهم فكان اجماعهم حجة على غيرهم. ونوقشت هذه الأدلة بأن النص إن دلّ على خلوص المدينة عن الخبث، فإنه لا يدل على أن من كان خارجاً عنها لا يكون خالصاً عن الخبث، ولا على كون إجماع أهل المدينة حجة، وتخصيصه للمدينة بالذكر إنما كان إظهاراً لشرفها وإبانة لخطورها وتمييزاً لها عن غيرها. وإن اشتغال المدينة على صفات موجبة لفضلها، لا يدل على انتفاء الفضيلة عن غيرها، ولا على الاحتجاج بإجماع أهلها نظير مكة المكرمة، وإنما الاعتبار بعلم العلماء واجتهاد المجتهدين، ولا أثر للبقاع في ذلك، وإنه لا دليل على انحصار أهل العلم فيها من أهل الحل والعقد ومن تقوم الحجة بقولهم، بأنهم كانوا منتشرين في البلاد متفرقين في الأمصار وكلهم فيما يرجع إلى النظر والاعتبار سواء. وإن الرواية يرجع فيها بكثرة الرواة، فيجب على كل مجتهد الأخذ بقول الأكثر، بعد التساوي في جميع الصفات المعتبرة في الرواية. بخلاف الاجتهاد فإنه لا يجب على أحد من المجتهدين الأخذ بقول الأكثر منهم ولا بقول الواحد أيضاً.

ثم إن الرواية مستندة السماع ووقوع الحوادث المروية في زمن النبي (رحمته الله)، فكان أهل المدينة أعرف الناس بذلك. أما الاجتهاد فإن طريقه النظر والبحث بالقلب والاستدلال على الحكم، وذلك مما لا يختلف باختلاف الأماكن.

وبناء على ذلك فلا يعتبر اجماع اهل المدينة ولا مكة ولا البصرة ولا الكوفة حجة على مخالفينهم.^١

^١ الحديث روى بروايات مختلفة منها حديث جابر بن عبد الله بأنما المدينة كالكبر تنفي خبثها وينصع طيبها، تنوير الحوالك شرح الموطأ مالك ٨٤/٣.

^٢ الاحكام للأمدى ١٨١/٣ شرح تنقيح الفصول ص ٣٣٤.

الترجيح:

والراجع من وجهة نظري أن الإمام مالكا أراد إجماع أهل المدينة فيما طريقه التوقيف، ويدل على ذلك قول القرافي - وهو في معرض الاستدلال على حجية إجماع أهل المدينة - "إن أخلافهم تنقل عن أسلافهم وأبنائهم عن آبائهم فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين".^١

وكذلك قول أبي غنيد الله التلمساني المالكي من أن إجماع أهل المدينة حجة عند مالك رحمه الله، وخالفه في ذلك غيره، ومثاله: احتجاج أصحابنا باجماعهم في الأذان والمد والصاع وغير ذلك من المنقولات المستمرة (المتكررة الوجود كثيرا).^٢ كذلك ما نقل عن الباجي من أن مالكا إنما أراد ذلك بحجة أهل المدينة فيما كان طريقه النقل المستفيض كالصاع والمد والأذان والإقامة وعدم وجوب الزكاة في المحضرات، مما تقضي العادة بان يكون في زمن النبي (ﷺ).

وإذا ثبت أن هذا هو مراد الإمام مالك - كما يفهم من تحليل أصحابه - فإن الرافع الذي يجب الأخذ به هو القول بحجية إجماع أهل المدينة فيما طريقه النقل، لأنه عندئذ بمثابة السنة المتواترة. ولكن يجب تقييد ذلك بإجماع أهل المدينة في عهد الصحابة والتابعين وإجماع لا يصطدم مع نص القرآن أو إجماع الأمة.

الاجماع عند الظاهري والحوارج:

لم يبين ابن حزم الظاهري حقيقة الإجماع لا بالحد ولا بالرسم ولكن قال إن أحكام الدين كلها من القرآن والسنة لا تخلو من أحد وجهين لا ثالث لهما إما وحى مثبت في المصحف وهو القرآن وإما وحى غير مثبت في المصحف وهو بيان الرسول (ﷺ) ثم ينقسم كل ذلك إلى ثلاثة أقسام لا رابع لها:

١ - ما نقلته الأمة كلها عصرا بعد عصر كالإيمان والصلوات والصيام نحو ذلك. وهذا هو الإجماع فليس من هذا القسم شيء لم يجمع عليه.

^١ أنظر الإحكام في أصول الأحكام للامدي ٣/ ١٨١-١٨٢.

^٢ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٣٤.

^٣ مفتاح الوصول في علم الأصول ص ٢٠٢.

٢ - أو ما نقل نقلاً متواتراً ككثير من السنن وقد يجمع على بعض ذلك، وقد يختلف فيه كصلاة النبي (ﷺ) قاعداً بجميع الحاضرين من أصحابه وكدفعه خيبر إلى يهود بنصف ما يخرج منها .

٣ - أو ما نقله الثقة عن الثقة كذلك مبلغاً رسول الله (ﷺ) فمنه من أجمع على القول به ومنه ما اختلف فيه فهذا معنى الإجماع الذي لا إجماع في الديانة غيره البتة.^١ ويؤخذ من كلام ابن حزم أعلاه: إن الإجماع في حقيقة هو فيما نقلته الأمة كلها عصراً بعد عصر كالإيمان والصلوات المفروضة وأوقاتها وعدد ركعاتها، والصيام وشهره ووقته، والحج ووقته وأركانه، وهكذا من كل ما علم من الدين بالضرورة. هذه هي حقيقة الإجماع كما يتصورها ابن حزم. وقال: قال أبو سليمان وكثير من أصحابنا لا إجماع إلا إجماع الصحابة، لأنهم شهدوا التوقيف من رسول الله (ﷺ)، وقد صح أنه إجماع المؤمنين وهو الإجماع المقطوع به. وأما كل عصر بعدهم فإنما هم بعض المؤمنين لا كلهم، وليس إجماع بعض المؤمنين إجماعاً. ولأنهم كانوا عدداً محصوراً يمكن أن يحاط بهم وتعرف أقوالهم وليس من بعدهم كذلك.^٢

وجملة الكلام أن الإجماع المعتبر عن الظاهرية هو إجماع الصحابة. ويتفق المخارج مع الظاهرية في أنه لا حجة إلا في إجماع الصحابة، إلا أنهم يختلفون معه في أن حجة إجماع الصحابة إنما هي قبل مقتل عثمان (رضي الله عنه)، وقبل علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) للتحكيم وحدث التفرقة. أما بعد ذلك فلا إجماع إلا لطافتهم لأن طافتهم هي التي ثبتت على الحق وغيرهم انحياز للباطل والإجماع لا يكون إلا من أهل الحق.

ومن المعلوم أن دعواهم انحصار الحق في طافتهم وانحصار الباطل في غيرهم زعم لم يقم عليه دليل، بل الأدلة قائمة على ضده.

غير أن الظاهرية أيضاً لا يرون إجماع الصحابة حجة إلا قبل انتشارهم في الأقطار الإسلامية ويعود تاريخ ذلك إلى ما بعد وفاة سيدنا عمر (رضي الله عنه)، ويلاحظ أن إجماع الصحابة لا يختلف فيه أحد من المسلمين من يرى ثبوت انعقاده في عهدهم، فيبقى خلاف الظاهرية مع الجمهور حصراً في إجماع غير الصحابة.

^١ راجع الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥٠٥/٤ فما بعدها.

^٢ المرجع السابق.

ونستنتج من هذا العرض ان خلاف العلماء من الأصوليين والفقهاء في حجية الاجماع يعود الى خلافهم في إماكن انعقاده وعدم إمكان ذلك، فالإجماع الذي يدعيه أحد أطراف النزاع لم يثبت لدى الطرف الآخر، أما اذ تحقق عنده ثبوت انعقاده فهو يقول بحجتيه أيضاً كالطرف القائل بها.

وتفرع عن الخلاف في هذا الأصل الاختلاف في مسائل فقهية منها مايلي:
يرى الجمهور انعقاد الاجماع على ان نفقه الزوجة على زوجها سواء كان غنيا او فقيرا.
بينما يرى الظاهرية أنه لا وجود لمثل هذا الاجماع ولهذا ذهبوا الى وجوب نفقة الزوج الفقير على زوجته الغنية. قال ابن حزم: (فان عجز الزوج عن نفقه نفسه وامراته غنية كلفت بالنفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء).^(١)
واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ الى قوله تعالى: ﴿... وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.^(٢) فقالوا الزوجة وارثة فعليها نفقة زوجها الفقير بنص القرآن .

المعروف ان الجدد الصحيح لا يحجبه الإخوة الأشقاء أو لأب، بل إمّا يقاسمهم على رأي البعض أو يحجبهم على رأي الآخرين وذلك بالاجماع المنعقد على ما ذكر. بينما يرى البعض ان الجدد يحجبه الإخوة الأشقاء أو لأب، كما هو رأي عبد الرحمن بن غنم وهو من الصحابة وقال إنه لا يرث معهم. قال ابن حزم: (ان الجدد يحل محل الأب عند بعض الصحابة. وعند بعضهم انه يقاسم الإخوة. وعن عبد الرحمن بن غنم انه لا يرث مع الإخوة بل يحرم من الميراث).^(٣)

يرى الجمهور الاجماع على تحريم نكاح البنت على عمتها او خالتها كما سبق. بينما يرى الشيعة الامامية والخوانسار خلاف ذلك لعدم ثبوت الاجماع المنعقد عليه لديهم. وقد نقل ابن حزم في المحلى مثل قولهم عن عثمان البتي.^(٤)
يرى جمهور الفقهاء انعقاد الاجماع^(٥) على تحريم زواج المتعة بعد الإباحة، ويرى الشيعة

^١ راجع المحلى ١٠/٩٢ طبعة منير.

^٢ البقرة: ٢٣٣

^٣ راجع المحلى ٩/٢٨٢ فما بعدها.

^٤ المحلى ٩/٥٢٤.

^٥ ويلاحظ ان صاحب الهداية نسب جواز نكاح المتعة الى الامام مالك فقال: "قال مالك (رحمه الله): هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه، قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة". الهداية مع

الأمامية إجماع فرقتهم على بقاء حكم المتعة من الجواز.

قال الطوسي: نكاح المتعة عندنا مباح جائز وصورته أن يعقد عليها مدة معلومة بمهر معلوم فإن لم يذكر المدة كان العقد دائماً وإن ذكر الأجل ولم يذكر المهر بطل العقد.... ودليلنا إجماع الفرقة المحقة.^١

المعاملات المالية:

رفض الإمام مالك القول بخيار المجلس واعتذر عن العمل بحديث ابن عمر (رضي الله عنه) (إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا)^٢ لأنه معارض لإجماع أهل المدينة. وأخذ الجمهور بمقتضى الحديث المذكور ولم يوافقوا مالكاً في الأخذ بمحجية إجماع أهل المدينة.

يرى الجمهور ثبوت الإجماع على تقديم الدين على الوصية سواء كان الدين متعلقاً بعين التركة أو بذمة المتوفى.

وذهب الخوارج وأبو ثور إبراهيم البغدادي من فقهاء الشافعية^٣ إلى تقديم الوصية على الدين عملاً بظاهر النص لأنه لم يثبت لديهم قيام الإجماع على خلاف رأيهم.

فتح القدير ٢٤٧/٣ ولكن الثابت في مذهب مالك خلاف ذلك فقد جاء في شرح الصغير " ونكاح المتعة يعاقب فيه الزوجان ولا يمدان على المذاهب - أي لوجود الشبهة - ويفسخ بلا طلاق " وقال الصاوي " لأنه مجمع على منعه ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة " الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣٦٦/١.

^١ الخلاف الطوسي ١٧٩/٢.

^٢ راجع العدة ٣/٤ الحديث متفق عليه واللفظ لمسلم سبل السلام ٣٣/٣.

^٣ كان إبراهيم يعتبر من فقهاء الشافعية ولكن لم يقلده وخالفه في بعض الأحكام منها تقديم الوصية على الدين عملاً بظاهر قوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) وتوفي في عام ٣٠٦ هـ انظر ابن خلكان.



الفصل الثاني

القياس وأثره في اختلاف الفقهاء في الأحكام

سبق تعريف القياس وبيان أركانه. فهو
تسوية واقعة للكشف عن حكمها بالحاقيها
بواقعة ثبت حكمها بالنص لاشتراك
الواقعتين في الجامع بينهما.
وأركانه أربعة: الأصل، والفرع، والملة،
وحكم الأصل.

ويعتبر القياس مصدراً من مصادر
التشريع الإسلامي بعد الكتاب والسنة
والإجماع فيما لا ينص فيه على حكم
الفرع، وعن طريقه عولجت قضايا كثيرة
واجهها المسلمون في مختلف عصورهم،
وكذلك يعتبر من أهم أسباب اختلاف
الفقهاء في الأحكام الشرعية لتشعب
الأقوال وتباينها في حجيتها واختلاف
أنظار القائلين به في مجالات شتى سنتعرض
لبعض منها، ويتضمن هذا الفصل
مبحثين الأول في الاختلاف في حجية
القياس. والثاني في الاختلاف فيما يجري
فيه القياس وما لا يجري فيه.



المبحث الأول

حجية القياس

موضوع حجية القياس عولج في كتب الأصول لكن نتعرض له هنا بإيجاز لأنه ينبغي على الاحتجاج به وعدم الاحتجاج به اختلاف الفقهاء في الأحكام واكتفى بعرض الآراء دون أن أذكر أدلتها حذراً من الاطناب.

لا خلاف في جواز القياس في الأمور الدنيوية كقياس بعض العقاقير على بعض لجامع بينهما كالحرارة والملائمة لنوع مرض خاص مثلاً.

ولا خلاف في القياس القطعي وهو ما قطع فيه بنفي الفارق بين المقيس والمقيس عليه^١ كقياس الضرب على التأنيف بجامع الأيذاء .

وأما الاختلاف في القياس الظني في الشرعيات وهو ما كانت علة الأصل مظنونة فيه وفي الفرع أو أحدهما^٢، على خمسة آراء..

الأول: القياس حجة شرعاً يجب العمل به في الشرعيات وهو مذهب الجمهور.

الثاني: أنه حجة في الأمور العقلية والشرعية بالعقل والشرع وهو مذهب القفال الشاشي الكبير من الشافعية وأبي الحسين البصري من المعتزلة.

الثالث: القياس حجة في صورة خاصة، فذهب القاشاني والنهرواني إلى أنه حجة يجب العمل به في صورتين: إحداها أن تكون علة الأصل منصوطة أما بصريح اللفظ أو بإيمانه، والثانية أن يكون الفرع بالحكم أولى من الأصل كقياس تحريم الضرب على تحريم التأنيف. وقال ليس للعقل هنا مدخل لا في الوجود ولا في عدمه.^٣ وقال عثمان البتي يجب أن يوجد ما يدل على جواز القياس على الأصل في الباب الذي يراد إجراء القياس عليه، مثلاً إذا أريد القياس في باب الزواج فلا بد من دليل على أن القياس في الزواج جائز. وإذا أريد إجراء القياس في باب البيع فلا بد من دليل

^١ أي لا خلاف في المعنى والا فالنافون للقياس لا يسمون ذلك قياساً بل يعتبرونه مشمولاً بنص الأصل.

^٢ انظر شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٨٧.

^٣ راجع الأحكام للامدي ٣/١٦٤ السنوي مع البدخشي ٣/١٠.

على جوازه فيه وهكذا^١.

الرابع: هو ما ذهب إليه أهل الظاهر وبعض الشيعة الإمامية وبعض الخوارج ممن منع التعبد به شرعاً وإن كان جائزاً عقلاً. وساق ابن حزم الظاهري أدلة كثيرة لإبطال القياس وقد نفاه وشدد في نفيه وكان أساس النفي عنده هو أن نصوص الشريعة تفي بأحكام الحوادث ولا حاجة إلى أقيسة^٢.

وقال الحلبي من الإمامية: اختلف الناس في حجية القياس والذي ذهب إليه أنه ليس بحجة، والحق المسكوت عنه بالمنطوق ليس من باب القياس، والحكم المنصوص على علته متعد إلى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس^٣.

ونفي بعض علماء الشيعة الإمامية نسبة الإحالة العقلية إلى الشيعة مطلقاً قالوا: ربما وجد ذلك في بعض الكتب لأصول الشيعة كراي لصاحب الكتاب فاعتبر رأي مذهبه بأجمعه، ومن الخطأ نسبة الرأي إلى مجموع الشيعة لمجرد العثور على ذهاب مجتهد من مجتهدهم إليه^٤.

الخامس: هو مذهب النظام للمعتزلة وبعض الشيعة الإمامية أنه يستحيل عقلاً أن يتعبدنا الشارع بالقياس، ولكن القياس القطعي لم ينكره أحد كما قلنا وأن النظام قائل بالقياس في صورة التنصيص على العلة^٥ وكذلك الشيعة الإمامية ولكنهم لا يسمونه قياساً.

فهذه هي أهم المذاهب في حجية القياس ولكل أدلة عقلية وعقلية فالتعرض لها ولناقشتها وترجيح المختار منها يعتبر خروجاً عن موضوع البحث وتطويلاً بلا فائدة لأنها عولجت في كتب الأصول.

أثر هذا الاختلاف في الأحكام الفقهية:

يعتبر اختلاف العلماء من الأصوليين والفقهاء فيما يتعلق بحجية القياس من أهم أسباب الاختلاف في كثير من الأحكام الشرعية وهاكم نموذجاً منها:

^١ انظر أصول الفقه لابي النور زهير ١٧٠/٤.

^٢ انظر الأحكام في أصول الأحكام ٩٢٩/٧ فما بعدها.

^٣ مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي ص ٢١٤ فما بعدها.

^٤ الأصول العامة للفقه المقارن محمد تقي الحكيم ص ٣٢٢.

^٥ إزالة الالتباس عن مسائل القياس الشيخ أمين الشيخ، مطبعة التضامن ص ٢٣-٢٤.

اختلف الفقهاء فيما يعتبر بيعاً ربوياً وما لا يعتبر بسبب اختلافهم في القياس أو في علته على ضوء رواية مسلم عن عبادة بن الصامت أن رسول الله (ﷺ) قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح والتمر بالتمر مثلاً بمثل سواء بسواء...

اتفق الفقهاء على تحريم الربا في هذه الأصناف الستة، واختلفوا في ربويات غير منصوص عليها في الحديث، وسبب خلافهم هل الحديث خاص مراد به معنى خاص أم خاص مراد به معنى عام عن طريق القياس كما هو رأي الجمهور أو عن طريق شمول النص كما يقول الشيعة الإمامية ومن معهم؟

وبناء على ذلك اختلفوا في ربوية غير هذه الأصناف على فريقين فريق يرى قصر مجال الحديث على الأصناف الواردة في الحديث وما عداها لا يكون مشمولاً بهذا الحكم، وهذا الفريق منهم من ينكر القياس كالظاهرية، ومنهم من يقول به كعثمان البتي لكنه لا يرى تحقق شرط العمل به في هذه المسألة وهو قيام دليل في الأصل على أنه معلول.^١

وفريق ذهب إلى عدم اختصاص هذه الأصناف الستة بحكم الربا ويرى أن الحكم يتضمن إلى كل ما تتوافر فيه العلة الموجودة فيها وهذا الفريق قسماً أيضاً: فمنهم من ينكر القياس دليلاً شرعياً ويرى تعدي الحكم إلى غير هذه الأصناف عن طريق النص لا عن القياس وهم الشيعة الإمامية.

قال الطوسي: (الربا عندنا في كل مكيل وموزون سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم وقال داود وأهل القياس كلهم إن الربا يشبث في غير الأجناس على اختلاف بينهم، ودليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم وطريقة الاحتياط تقتضي ذلك)^٢ ثم يقول ما ثبت فيه الربا إنما

^١ ورد هذا الحديث بروايات متعددة مع اتحاد المعنى منها: عن عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) قال قال رسول الله (ﷺ): ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالشعير والملح بالملح والتمر بالتمر مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)). رواه أحمد ومسلم بلوغ المرام مع سبل السلام ٣٧/٣ ومنها ((نهى النبي (ﷺ) عن الذهب بالذهب والورق بالورق والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا مثلاً يداً بيد)) راجع مسلم ٦٩٠/١ السنن الكبرى ٢٧٦/٥ نيل الأوطار ٢١٨/٥ معالم السنن ٦٨/٣.

^٢ فتح القدير ٥/٧ سبل السلام ٣٩/٣.

^٣ انظر الخلاف للطوسي ٥٢٣/١-٥٢٤.

يثبت بالنص لا لعلّة من العلل - أي لا عن طريق القياس^١.

وقسم يقر القياس دليلاً شرعياً ويرى تعدى حكم الريا إلى كل ما تتوافر فيه العلّة الموجودة في الأصناف الستة عن طريق القياس لا عن طريق شمول النص وهم جمهور الفقهاء، غير أنهم إذا اتفقوا على مبدأ منطقة الريا خارج هذه الأصناف فقد اختلفوا في الأموال التي امتد إليها نتيجة اختلافهم في تحديد علّة الريا في هذه الأصناف الستة على التفصيل الآتي:

أ- الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن العلّة في الأصناف الستة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس في حالة الريا الفضل^٢. أي مع كون البدلين من صنف واحد فالعلّة تتكون من شطرين: القدر والجنسية.

وأما في ربا النساء فالعلّة أما الكيل أو الوزن وإما اتحاد الجنس^٣ قال ابن الهمام "علّة الريا عندنا القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وبأحدهما مفرداً يحرم النساء ويحل التفاضل"^٤.

ب- المالكية:

وعلة ربا النساء في الطعام الربوي وغيره عند المالكية مجرد الطعم أي كونه مطعوماً لأدومي لا على وجه التداوي، فتدخل الفواكه والحضر والبقول فيمنع بيع بعضه ببعض إلى أجل ولو تساوياً.

وعلة ربا الفضل في الطعام الاقتيات والادخار أي أن العلّة مركبة من أمرين: أحدهما الاقتيات والآخر الادخار، فإذا عدم أحدهما انتفت العلّة وذلك بشرط الجنسية (أي اتحاد الجنس)^٥.

والمقصود بالاقتيات إقامة البنية باستعماله بحيث لا تفسد عند الاقتصار عليه، والمقصود بالادخار: ألا يفسد بتأخير إلى الأمد المبتغى منه عادة ولا حد له على

^١ المرجع السابق

^٢ ربا الفضل هو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل أو الوزن في الجنس.

^٣ وربي النساء فضل الحلول على الأجل وفضل العين على الدين والمراد باتحاد الجنس اتحاد الصنف.

^٤ فتح القدير ٥/٧.

^٥ انظر بلغة السالك ٢٢/٢.

ظاهر المذهب بل هو في كل شيء بحسبه، فلا عبرة بما يدخر نادراً كالرمان، وفي معنى الاقتنيات مالا يتم الانتفاع بالطعام إلا به كالملح والتوابل كالفلفل . قال ابن عرفة (الطعام ما غلب اتخاذُه لأكل آدمي أو لاصطلاحه أو لشربه).^١
وعلة الربا عندهم في الذهب والفضة الثمنية أو كونهما أثماًناً.

ج- الشافعية:

وذهب الشافعية إلى ما ذهب إليه المالكية من أن علة الربا في الذهب والفضة الثينة (كونهما أثماًناً) فيحرم فيهما الربا ولا يحرم فيما سواهما من النقود، فאלلة فيهما قاصرة لا تتعدى، فلا يقاس عليهما غيرهما.^٢

أما الأعيان الأربعة (القمح والشعير والتمر والملح) ففيها قولان للشافعي: قال في الجديد العلة فيها الطعام أي كونها مطعومات، سواء كانت قوتاً أو غير قوت، يُدخر أو لا يُدخر، فيسري الحكم عن طريق القياس على الاقوات والادم والفواكه والادوية... لما روى معمر بن عبدالله (أن النبي ﷺ) قال الطعام بالطعام مثلاً بمثل).

والطعام إسم لكل ما يتطعم بدليل قوله تعالى: ﴿...وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ...﴾.^٣

وقال في القديم العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال: (الطعام بالطعام مثلاً بمثل)، والمائلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن. فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يُكال أو يوزن، فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يُكال ولا يوزن،^٤ وهذا هو رأي سعيد بن المسيب.

د- الحنابلة:

وذهب الحنابلة - في ظاهر مذهبهم - إلى ما ذهب إليه الحنفية إلا أنهم جعلوا اتحاد الجنس - الجنسية - في ربا الفضل شرطاً وليس شرط علة كما فعل الأحناف.^٥

^١ انظر مذهب ابن عباس في الربا زيدان أبو المكارم ص ١٩.

^٢ المذهب للشيرازي ٢٧٠/١

^٣ المائدة/٥.

^٤ المرجع السابق ٢٧٩/١

^٥ نيل المارب ١٢٩/١ - ١٣٠.

هـ- الشيعة الزيدية:

والزيدية لا يغالون في البيع الربوي مع رأي الحنيفة أيضاً. فقد عرّف الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى الربا في الشرع فقال: التفاضل في متفقي الجنس أو زيادة لأجل النساء. ثم حكى إجماع العترة القاسمية والناصرية مع أبي حنيفة وأصحابه على أن علة التحريم اتفاق الجنس والقدر، لأنه نبّه على ذلك الرسول (ﷺ) بقوله (إلا صاعاً بصاع). وقوله (إلا كيلاً بكيل) ونحوهما. ثم قال وكذلك الموزون.^١

ونستخلص من هذا العرض: إن منطقة الربا محدودة بالأصناف الستة الواردة في الحديث ولا يقاس عليها غيرها عند الظاهرية وعثمان البتي، وعند الحنيفة والحنابلة والشيعة الإمامية والشيعة الزيدية: يتعدى الحكم إلى كل مكيل أو موزون من صنف واحد، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم، قوتاً أو غير قوت. وعند الحنيفة والحنابلة والشيعة الزيدية بعكس ذلك. وعند المالكية منطقة ربا الفضل محصورة فيما يقتات ويدخر، فلا تمتد إلى خارج ذلك من المكيلات المطعومات. أما ربا النساء فمحصور في المطعومات لا على وجه التداولي. أما في الأثمان فحدود الربا لا تتجاوز الذهب والفضة. وعند الشافعية: منطقة الربا في الأثمان محصورة في الذهب والفضة ولا يقاس عليهما غيرهما من النقود كالدينار والجنه، كما هو رأي المالكية. وفي الأصناف الأربعة لا يتعدى الربا إلى غير مطعومات، هذا في الجديد، وفي القديم حكم الربا محصور في مطعوم يكال أو يوزن، فلا يقاس في غيرهما.

ويتضح لنا مما ذكر: أن هناك أشياء يرى بعضهم التعامل فيها ولا يقع فيها الربا فهي حلال. في حين يرى البعض الآخر أن الربا يقع فيها فهي حرام. وذلك بسبب اختلافهم في حجية القياس بين النافين والمثبتين، واختلاف مثبتيتها في تحديد العلة التي يدور معها الحكم وجوداً وعدماً. وإن هناك أشياء أخرى أجمعوا على أن الربا يقع فيها، فالأصناف الستة المذكورة في الحديث يجري فيها الربا بالإجماع على الوصف المذكور في الحديث النبوي.

وجلة الكلام:

- ١- إن ربا الدين وهو الزيادة على الدين في مقابل الأجل حرام بالإجماع.
- ٢- وإن بيع الأصناف الستة يقع فيها الربا بالإجماع في الأحوال الآتية:
- أ- الجنس منها بمنسه نسيئة متساوياً أو متفاضلاً.

ب- الجنس بمنسه يدا بيد متفاضلا. أما الجنس بغير جنسه متفاضلا حالا حلال، ومع التأخير حرام.

وما وراء ذلك فمنه ما تتفق فيه المذاهب ومنه ما تختلف فيه على هو التفصيل السابق، ومنشأ خلافهم هو الاختلاف في القياس.
وفي الحتام أقول: يجب أن يُرفض رفضاً باتاً قول من يرى عدم ربوية غير الذهب والفضة من النقود.

المبحث الثاني ما يجري فيه القياس

اختلف العلماء من الأصوليين والفقهاء فيما يجري فيه القياس وما لا يجري فيه على آراء أهمها مايلي:

أولاً- القياس في العقليات:

اتفق أكثر المتكلمين على جواز القياس في العقليات ويسمونه إلحاق الغائب بالشاهد كانه يقال الاتقان في الشاهد دليل العلم والله متقن لأفعاله فيكون عالماً^١ ولا يجوز هذا القياس عند الآخرين.

ثانياً- القياس في اللغات:

لا خلاف في أن القياس لا يجري في الحكم المستفاد من اللغة كرفع الفاعل ونصب المفعول ... لأن ذلك ثبت بالاستقراء. وإنما الخلاف في لفظ مستفاد من اللغة وكان اسم جنس له معنى يمكن ملاحظته في غير جنسه مثل: لفظ الحمر فإنها وضعت للمتخذ من عصير العنب إذاغلا وقذف بالزيدة، لمعنى فيه المخامرة وهذا المعنى يدور مع التسمية وجودا وعدما فإذا وجدنا المخامرة في غير الحمر كالنبيد هل يجوز إطلاق اسم الحمر عليه أم لا؟ اختلف فيه العلماء: فذهب البعض إلى الجواز ومنهم الامام الرازي

^١ انظر شرح تنقيح الفصول ص ٤١٢ السنوي مع البدخشي ٣/٣٤.

من الأصوليين وابن جني من الأدباء والمالكية من الفقهاء^١، وذهب البعض إلى عدم الجواز ومنهم الحنفية^٢.

ثالثاً - الحدود والكفارات والتقديرات والرخص:

اختلف العلماء من الأصوليين والفقهاء في جريان القياس فيها وعدم جريانه: فذهب الشافعي^٣ وأكثر أصحابه والإمام أحمد ومعظم أصحابه^٤ والباقي من المالكية على ما حكاه القرافي^٥ ومن وافقهم إلى جواز القياس فيها:

وقال الحنفية ومن وافقهم لا يجري القياس في هذه الأربعة^٦، وتمسك من قال بجريان القياس فيها بعموم الأدلة المثبتة لحجية القياس، لأن الأدلة الدالة على جواز العمل بالقياس عامة لكل حكم يمكن القياس فيه ولا فرق بين الحدود والكفارات والرخص والتقديرات وغيرها.

ومن قال بالمنع:

- أ. احتج في الحدود بأنها تندرج بالشبهات لقوله (﴿...﴾) (إدروا الحدود بالشبهات)^٧ فلا ثبت بدليل فيه شبهة، والقياس دليل فيه شبهة لأنه ظني فلا يجري فيها^٨.
- ب. وفي الكفارات استدلل بأنها ضرر لأنها إتلاف الأموال وإيلام النفس بالصوم ونحوه والدليل ينفي الضرر^٩.
- ج. وفي المقدرات الشرعية كتقدير النصاب في الزكاة استند إلى أنها أمور لا يهتدى إليها العقل فلا يعقل فيها المعنى الجامع بين الأصل والفرع والقياس فرع لتعقل المعنى بالاتفاق^{١٠}.

^١ شرح تنقيح الفصول المرجع السابق. مفتاح الوصول إلى علم الأصول ص ١٨٧.

^٢ شرح تنقيح الفصول المرجع السابق.

^٣ الأسنوي مع البدخشي ٣/٣٤ فما بعدها.

^٤ المسودة ص ٣٩٨.

^٥ شرح تنقيح الفصول المرجع السابق.

^٦ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٢٦.

^٧ رواه البيهقي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) سبل السلام ١٥/٤.

^٨ إزالة الالتباس عن مسائل القياس الشيخ أمين الشيخ مطبعة التضامن القاهرة ص ٦٩.

^٩ المرجع السابق.

^{١٠} المرجع السابق.

د. وأما الرخص كقصر الصلاة والإفطار في رمضان للمسافر فلا تتعدى مواردّها بل يقتصر فيها على مورد النص فلا يدخلها القياس.

وناقشهم الشافعي رحمه الله ومن تابعه بما يلي:

أ. المراد بأن الحدود تندرى بالشبهات شبهة الفعل أو شبهة المحل لا شبهة الدليل، والشبهة في القياس شبهة الدليل.^١ ثم كلامهم منقوض بكثرة أقيستهم فيها حتى عدّوها من الاستحسان فإنهم زعموا فيها إذا شهد أربعة على شخص بأنه زنى بامرأة وعين كل شاهد منهم زارية أنه ليعد استحساناً مع أنه على خلاف العقل فلأن يعمل به فيما يوافق العقل أولى.^٢

ب. وقولهم إن الكفارات على خلاف الأصل لأنها ضرر والدليل ينفي الضرر مردود بأن الدليل إنما الضرر المعص وهذه ليست كذلك لأنها ضرر مشوب بنفع لأنها زاجرة عن ارتكاب موجبها ولهذا قالوا: إنها عبادة فيها معنى العقوبة.^٣ ثم إن قولهم منقوض باستعمالهم القياس في الكفارات فإنهم أوجبوا الكفارة في الإفطار بالاكل قياساً على الإفطار بالجماع، وفي قتل الصيد خطأ قياساً على قتله عمداً.^٤

ج. وقولهم إن المقدّرات أمور لا يهتدى العقل إلى أدراكها مردود بأننا إنما نجوز القياس عند حصول أركانه وشروطه، فإن قالوا: لا يمكن حصولها فيما نحن فيه، قلنا ممنوع فإن صريح العقل حاكم بجواز تشريع حد أو كفارة من الشارع في صورة لأمر مناسب ثم يوجد ذلك الأمر في صورة أخرى فنقيسها عليها في حكمها. وإن قالوا: سلّمنا الإمكان، ولكن لا نسلم الوقوع فيكون إنكاراً لحقيقة لا خلاف فيها بيننا.^٥

ثم إن ما استدلوا به منقوض بأنهم قد قاسوا في المقدّرات حتى ذهبوا إلى تقديراتهم في الدلو والبشر ففرّقوا في سقوط الدواب إذا ماتت في الآبار فقالوا: في الدجاجة

^١ المرجع السابق ص ٧٠

^٢ الأسنوي مع البدخشي ٣/٣٤ فما بعدها.

^٣ إزالة الالتباس عن مسائل القياس ص ٧٠

^٤ الأسنوي المرجع السابق.

^٥ إزالة الالتباس المرجع السابق.

ينزح كذا وكذا، وفي الفأرة أقل من ذلك وليس هذا التقدير عن النص ولا إجماع فيكون قياساً^١.

د. وأما في الرخص فقد قاسوا فيها وبالفوا كما قال الشافعي فإن الاختصار على الأجرار في الاستنجاء من أظهر الرخص وهم قد عدّوه إلى كل النجاسات^٢.
وتفرع عن هذا الخلاف الاختلاف في مسائل فقهية منها:

أ - الاختلاف في وجوب الكفارة على القاتل عمداً:

اتفق الأئمة على وجوب الكفارة في قتل الخطأ واختلفوا في قتل العمد: فذهب الشافعي ومن وافقه إلى وجوب الكفارة على القاتل عمداً أو شبه عمد قياساً على القاتل خطأ بجامع الزجر في كل منهما، لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم الإثم فلأن تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلّط بالإثم أولى^٣. وبه قال الزهري وأحمد في إحدى روايتيه^٤، وإليه ذهب الشيعة الإمامية قال الطوسي (ودليلنا إجماع الفرقة) وطريقة الاحتياط أيضاً تقتضيه^٥.

وذهب الحنيفة ومالك ومن وافقهم إلى عدم وجوب الكفارة في القتل العمد أو شبه العمد وبه قال أكثر فقهاء الحنابلة وأحمد في إحدى روايتيه^٦ وهو مذهب الشوري. واستدل الحنيفة بأن القتل العمد كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها. قال ابن الهمام: (والجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ: هو أن تُعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى - وهو الخطأ - لا يدلّ على تعيينها لدفع الذنب الأعلى وهو العمد)^٧.

^١ الاستوي ٣/٣٥.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المهذب ٢/٢١٧.

^٤ الميزان الكبرى الشعرانية ٢/١٢٩.

^٥ الخلاف للطوسي ٢/٤٢١.

^٦ نيل المآرب ٢/١٣٧ الرحمة في اختلاف الأئمة هامش الميزان ٢/١٣٤ الشرح الصغير مع بلغة السالك

٣٧٩/٢ وما بعدها.

^٧ فتح القدير ١٠/٢٠٩ - ٢١٠.

ب- الاختلاف في جواز السلم حالاً:

لا خلاف بين الفقهاء في أن السلم المؤجل جائز وأنه من الرخص عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال: قدم النبي (ﷺ) المدينة يسلفون في الشار السنة والسنتين فقال: ((من أسلف في تمر^١ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)). متفق عليه وللبخاري من أسلف في شيء^٢.

واختلف الفقهاء في السلم الحال:

ذهب الشافعي رحمه الله ومن وافقه إلى جوازه، وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى بطلانه. واستدل الشافعي ومن تابعه بأن السلم لم جاز من الأجل فلأن جاز حالاً - وهو من الفرع أبعد - أولى^٣.

وقال الحنفية ومن وافقهم أن هذا القياس فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه قياس مغير للنص وهو قوله (ﷺ) " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " فإنه يدل على عدم مشروعية السلم الحال بحكم مفهوم الغاية فكان القياس تغييراً لهذا النص فيكون باطلاً.

ثانيهما: أن الحكم لم يعد كما هو في الأصل بل عدى بنوع تغيير. إذ الأجل في الأصل خلف عن القدرة ووجود المعقود عليه لتمكن تحصيله فيه وقد أسقطه في الفرع، وتوضيح ذلك: أن الشرع إنما ورد بهواز السلم مؤجلاً، وتعدية حكمه إلى السلم الحال لا يمكن إلا بتغيير حكم النص فيبطل، وذلك لأن من شرط جواز البيع في عامة البيعات كون المبيع محلاً للبيع وأن يكون مالاً مملوكاً متقوماً مقدور التسليم إجماعاً لنهي النبي (ﷺ) عن بيع ما ليس عند الإنسان والمعقود عليه في السلم غير موجود فكان الأصل فيه عدم الجواز ولكن الشرع جوزه رخصة بصفة الأجل بإقامته مقام القدرة ووجود المعقود عليه لكونه سبباً لهما كما قام العين مقام المنفعة في عقد الاجارة، فصار الأجل شرطاً لا لعينه بل خلفاً عن شرط جواز العقد وهو القدرة على المعقود عليه فلم يصح التعليل على وجه يؤدي إلى إسقاط

^١ روى بالمشاة والمثلثة فهو بها أعم.

^٢ بلوغ المرام مع سبل السلام ٤٩/٣.

^٣ المذهب للشيرازي ٢٩٧/١.

هذا الشرط وإلا لم يكن هذا تعدية لحكم النص بل إبطالاً له^١ وإثباتاً لحكم آخر في الفرع لم يتناوله النص لأنه تناول في الأصل جعل الأجل خلفاً عن القدرة ولم يوجد ذلك في الفرع.

ويبدو لي أن الراجح هو قول الحنفية ومن وافقهم لأن النص واضح في اعتبار الأجل شرطاً من شروط صحة السلم، ولأنه ترتب الفائدة العملية المقصودة من تشريع رخصة السلم إذا كان السلم حالاً إذ لا مبرر في هذه الحالة للعدول من عقد البيع إلى عقد السلم، وبوجه خاص اشترط بعض الشافعية لصحة السلم حالاً ألا يكون المعقود عليه معدوماً حين العقد.

رابعاً: الأسباب والشروط والموانع:

اختلف العلماء الأصوليون والفقهاء في جواز القياس في الأسباب والشروط والموانع: فذهب أكثر الشافعية وبعض الحنفية ومن وافقهم إلى جواز القياس فيها. وذهب الآخرون إلى عدم جوازه وهو المختار عند الأمن من الشافعية وبه أخذ أكثر علماء الحنفية.^٢

ومن قال بالمنع: احتج بأن الحكمة غير منضبطة لأنها مقادير من الحاجات وإنما المنضبطة الأوصاف، ولذلك يترتب الحكم على سببه وجدت الحكمة أم لا، بدليل قطع يد السارق وإن بقي المال في حوزته وأعيد إلى مالكه ويحد الزاني وإن ثبت عدم اختلاط النسب، فإذا قسنا في الأسباب والشروط والموانع نجتمع بالحكمة وهي غير منضبطة والجمع بغير المنضبطة لا يجوز^٣

ومن قال بالجواز استدل بأن السببية والشرطية والمانعية أحكام شرعية فجاز القياس فيها كسائر الأحكام.

وترتب على هذا الخلاف الاختلاف في بعض الأحكام الشرعية منها:

^١ انظر حاشية الأزهرى ٢٩٢/٢-٢٩٣ كشف الأسرار مع البزدوى ١٠٣٨/٣ فما بعدها.

^٢ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٢٥.

^٣ شرح تنقيح الفصول للقرافى ٤١٤.

١. في الأسباب: قاس الشافعي ومن وافقه القتل بالمثل كحجر كبير أو خشبة كبيرة على القتل بالسلاح في وجوب القصاص وهو قول أبي يوسف وعمر، إذ يُعتبران القتل بالمثل عمداً.

وخالفهم أبو حنيفة فلم ير القتل بالمثل موجباً للقصاص^١ بل إنه يعتبره شبه العمد فلا يوجب القصاص.

وعند الإمام مالك لا واسطة بين العمد والخطأ وحيث لم يرد في القرآن غير العمد والخطأ فلا وجود لشبه العمد. ولذا عد القتل بالمثل من القتل العمد.

ب. في الشروط: اختلف الفقهاء في قياس الوضوء على التيمم بجامع أن كلا منهما شرط في صحة الصلاة.

فمن أجاز القياس في الشروط قاسه على التيمم وقال بوجوب النية فيه كالمالكية والشافعية ومن لم ير ذلك قال بعدم وجوب النية في الوضوء كالحنفية، ويلاحظ أن رأي القائلين بالقياس على التيمم ينتقد بأن الوضوء شرع قبل التيمم ومن شروط الصحة القياس أن يكون حكم الأصل مقدماً على حكم الفرع. والراجع في هذه المسألة هو أن يقال إن الوضوء فيه شبهة بالعبادة المحضة التي تحتاج إلى النية بالاتفاق. وبالعادة المفهومة المعنى غير المفتقرة إلى النية كإزالة النجاسة، ولذلك وقع الخلاف فيه: فمن نظر إلى أنه أقوى شبهاً بالعبادة قال بوجوب النية. ومن رأى أنه أشبه بالنظافة قال بعدم وجودها.^٢

فالمقيس عليه إما العبادة المحضة أو النظافة كفصل النجاسة، وهذا من قياس الشبه.^٣

^١ فتح القدير ٢١/١٠.

^٢ انظر بداية المجتهد ٦/١.

^٣ وهو الحاق الفرع المردد بين أصليين مختلفين في الحكم بأكثرهما شبهاً. قال التلمساني: مثاله الوضوء الدائر بين التيمم وإزالة النجاسة، فيشبه التيمم من حيث أن المزال بهما الحدث حكمي. وشبه إزالة النجاسة في أن المزال بهما حسي لا حكمي. فالمالكية والشافعية يوجبون النية في الوضوء تغليباً لشبهه بالتيمم، والحنفية لا يوجبون النية فيه تغليباً بإزالة النجاسة، ولكل من الفريقين ترجيحات... راجع أصول التلمساني ص ١٨٤.



الفصل الثالث

الاستحسان وأثره في اختلاف الأحكام

ويتضمن هذا الفصل مبحثين:
الأول في آراء العلماء في الاستحسان.
والثاني في التطبيقات الفقهية الخلافية المترتبة
على الاختلاف في تطبيق الاستحسان.



المبحث الأول

آراء العلماء من الأصوليين والفقهاء في الاستحسان

نحاول في هذا المبحث استعراض رأي كل مذهب في الاستحسان ثم المقارنة بين هذه الآراء للوصول إلى أوجه الخلاف التي أدت إلى الاختلاف في الأحكام.

الحنفية:

الاستحسان: عند الحنفية مر بمرحلتين: مرحلة الإطلاق، ومرحلة التحديد.

المرحلة الأولى: استعمال الاستحسان دون تحديد مضمونه:

من تتبع المراجع الفقهية الحنفية يرى تردد عبارتي الاستحسان والقياس المقتن به بكثرة فيقال: الحكم في هذه المسألة كذا، ولكن نستحسن كذا، والاستحسان يقضي بهذا والقياس عكسه وبالقياس نأخذ وهكذا.^١

فمثلاً من شهدوا عليه بالزنى وقضى بجلده فلم يكمل الحد حتى شهد اثنان بإحصانه، قال أبو حنيفة أثبتنا الرجم بالاستحسان على خلاف القياس. وإذا رأى الإمام أو نائبه أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب خمرًا أو زنى قال أبو يوسف فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك حتى تقوم بيّنة، وهذا استحسان. وأما القياس فإنه يمضي ذلك عنه، بخلاف حقوق الناس، فإنه يلزم الحكم بها إذا سمعه يقر بذلك.^٢

وسئل محمد رحمه الله عن الرجل الذي يقرأ آية السجدة في الصلاة فيركع عنها هل تجزئه؟ فقال: أما في القياس فالركوع في ذلك والسجدة سواء. لأن كل ذلك صلاة وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد وبالقياس نأخذ.^٣

وهكذا ورد على لسانهم هذا المصطلح فلم يعرف منهم تحديده، ولذلك تعرضوا لنقد الناس في استحسانهم وتوالت الطعون من كل فريق: فالمحدثون والفقهاء من جهة،

^١ انظر حجة الله البالغة ١/١٦١ الجامع الكبير لإمام محمد ص ١٦٥. تعليل الأحكام ص ٣٣٠

^٢ الحراج ص ١٠٨

^٣ فتح القدير ١/٣٨٧

والتكلمون من جهة أخرى، والكل ما بين قائل: مشرعون بالهوى، أو تاركون حديث رسول الله (ﷺ) بالرأي.

للمرحلة الثانية: لم يقف فقهاء الحنفية (المتأخرون) إزاء هذه الانتقادات موقف المستسلم المعترف بأن إمامهم شرع بالهوى، بل أثبتوا أن الاستحسان دليل شرعي ومصدر من مصادر الفقه الإسلامي. وكشفوا عن حقيقة هذا المصدر بتعابير منها:

أ. قال بعضهم: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى.^١ وينتقد بأنه لا يدخل في هذا التعريف الاستحسان الثابت بدليل آخر غير القياس، مثل ما ثبت بالآثر أو الإجماع أو الضرورة.

ب. وقال بعضهم هو تخصيص القياس بدليل أقوى.^٢ وينتقد بأنه وإن عم جميع أنواع القياس ولكن يشير إلى أن الاستحسان تخصيص العلة وليس كذلك.

ج. وقال الكرخي: الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي العدول عن الأول. وينتقد بأنه يشمل النسخ والتخصيص أيضاً.

د. وقال البزدوي: الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص القياس بدليل أقوى منه.^٣

وقال الكمال بن الهمام: الحنفية قسموا القياس إلى جليّ وخفيّ، فالأول القياس والثاني الاستحسان، فهو القياس الحفي بالنسبة إلى قياس ظاهر متبادر. ويقال الاستحسان لما هو أعمّ من القياس الحفي، أي كل دليل في مقابلة القياس الظاهر من نص، كالسلم أو إجماع كالاستصناع أو ضرورة كظاهرة الحياض والآبار، فمنكره لم يدبر المراد به (أي عند القائلين به).^٤

وبعد تحديد من قبل هؤلاء العلماء انقاد لآرائهم معارضوهم فقالوا: لا يوجد استحسان مختلف فيه مادام لا يخرج عن نطاق الأدلة المتفق عليها، وأخذ المتأخرون من فقهاء المذهب الشافعي يؤكّدون كلام إمامهم الذي اشتهر على لسانه: (من

^١ كشف الأسرار مع البزدوي ١١٢٣/٤.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

^٤ التحرير مع التقرير والتحبير ٢٢٢/٣.

استحسن فقد شرع) فقالوا: إن الشافعي يقصد الاستحسان بالهوى الذي لا يستند إلى أصل شرعي.^١

ولكن على الرغم من هذه التحديدات لمفهوم الاستحسان، فإنها لم تف بمراد إمامهم أبي حنيفة رحمه الله، حيث إنهم جعلوا القياس المقابل للاستحسان بأنواعه، قياساً أصولياً، في حين أنه يبدو في أغلب الأحوال أنه بمعنى القاعدة العامة المأخوذة من مجموعة الأدلة الواردة في نوع واحد، أو بمعنى مقتضى الدليل العام.

وتحليل ذلك: إن لكل طائفة من فقهاء المسلمين مصطلحات وقواعد عامة وكليات اجتهادية أخذوها من مجموع الأدلة: بأن يعمدوا إلى طائفة الأدلة الواردة من نوع واحد، ويجمعوا بينها باحثين عن ناسخها ومنسوخها وعامها وخاصها ومطلقها ومقيدها وراجعها ومرجوحها، ثم يستخلصون من ذلك قاعدة يطبقونها على الجزئيات الكثيرة ما وقع منها وما لم يقع، ويفرضونها ويعطونها حكمها، فإن لم يجدوا دليلاً يعارض هذه القاعدة طردوا عمومها، ولم يستثنوا من أفرادها شيئاً، وإن وجدوا ما يعارضها في بعض جزئياتها، نظروا في هذا الدليل، فإن ألفوه صحيح السند والدلالة عملوا به في محله، ويستثنون ذلك الفرد من تلك القاعدة، فيكون لهذا الفرد حکمان متعارضان: حکم باعتبار دخوله تحت مفهوم الكلي الذي ورد فيه دليل عام، أو جملة أدلة، وحكم يخالف لهذا أثبتته له الدليل الخاص.

ومن هنا جرى عرف بعض الفقهاء بأن يسميه حكماً مستحسناً على خلاف القياس، كما سمي هذا العمل استحساناً، وبغضهم لا يسميه بهذا الاسم، بل يطلق عليه المستثنى من الحكم العام.

ومن تتبع الأحكام الفرعية الاجتهادية لأبي حنيفة رحمه الله، يجد هذا المجتهد العظيم قد قعد القواعد وأصل الأصول مما فهمه من كتاب الله وما وصله من سنة رسول الله (ﷺ)، ويجد أن مراده من القياس الذي يعدل عنه — لما يوجب العدول في نظره — هو تلك القاعدة العامة المأخوذة من مجموعة الأدلة الواردة في نوع واحد، أو مقتضى الدليل العام، كما قد يكون القياس الأصولي أيضاً.

المالكية:

عرفه ابن العربي بأنه إشار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.^١
وقال الباجي: الاستحسان هو القول بأقوى الدليلين.^٢
وقال القرافي: قال به مالك في عدة مسائل في تضمين الصانع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم وتضمين الحمالين للطعام والإدام دون غيرهم من الحمالين.^٣
وقال الشاطبي: الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمروا بالقياس إذا أطرده، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الواردة بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقض العلة.
وقال ابن رشد المجد: الاستحسان هو طرح القياس الذي يؤدي الى غلو في الحكم ومبالغة فيه الى حكم آخر، في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس.
ونستنتج من هذه التعابير وغيرها: أن الاستحسان في الفقه المالكي هو العدول عن مقتضى دليل عام أو اطراد القياس لما يوجب ذلك من عرف أو مصلحة راجحة، أو دفع حرج ومشقة.

الشافعية:

يستنتج من أقوال الشافعي رحمه الله في الرسالة^٤، وفي الأم^٥ النتائج التالية:
١ - القول بالاستحسان ليس الآتِلْذا وقولا بالهوى والرأي المجرد، ثم انه لا يميزه القرآن والسنة والاجماع.
٢ - الاستناد اليه - وهو بهذه الصفة - إثم وجهل لا يليق بأحد من العلماء .

^١ مصادر التشريع للاستاذ خلاف ص ٥٨

^٢ شرح تنقيح الفصول ص ٤٥١

^٣ المرجع السابق ص ٤٥٢

^٤ ص ٥٠٣ فما بعدها تحقيق احمد محمد شاكر.

^٥ الام ٢٧١/٧ - ٢٧٤ .

٣ - ان الأخذ به يحدث اضطراباً في الحكم والفتوى فيوجب ضرراً من الآراء والأحكام في مسألة واحدة.

وبعد هذه النتائج هل لنا ان نقول: الشافعي ينكر العمل بالاستحسان الذي ذهب اليه ابو حنيفة ومالك وأصحابهما، ويعتبر العمل به تلذذاً وجهلاً وإثمًا؟
الجواب: كلا! لأمرين:

الأول- إن الاستحسان الذي حمل عليه الشافعي غير الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة ومالك وأصحابهما.

الثاني - الوقائع تشهد بأن الشافعي وأصحابه قالوا بالاستحسان وعملوا به .
تحليل الأمر الأول: إن الشافعي رحمه الله نشأ وسط عناصر الاختلاف واخذ بأطراف مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز ومزج بينهما وكَوّن مذهباً وسطاً يجمع بين طريقة أهل الرأي وطريقة أهل الحديث. ولكنه وجد سلطان أهل الحديث في عصره كاد أن يزول من جراء ضعفهم في المناظرة. ووجد مع ذلك الطغمة متوالية على أهل الرأي. فأخذ في نصرة هؤلاء محاولاً إرجاع الرأي الى القياس الذي هو إلحاق فرع غير منصوص على حكمه، بآخر منصوص على حكمه يجمع بينهما، لتهدأ العاصفة الى حد ما، ويضرب على أيدي الدخلاء الذين دخلوا هذا الباب من غير تأهل له، وذلك عن طريق وضع قواعد للاجتهاد.
تحليل الأمر الثاني: من تتبع فقه الشافعي يجد فيه الكثير من العمل بالمصلحة التي تسمى استحساناً عند الحنفية والمالكية.

فالشافعي رحمه الله أقرّ اتلاف أشجار الأعداء ونباتهم وحيواناتهم التي تنقلهم وتنقل معداتهم الحربية، إذا اقتضى القتال وكسب المعركة والنصر ذلك، مع ورود النهي عما ذكر. فعدوله عن النص للمصلحة العامة إن هو إلّا ما يسميه أبو حنيفة ومالك بالاستحسان.
وأفتى الشافعية بجواز ضمان الدرك - مع أنه مخالف للقياس، حيث أن البائع إذا باع ملكه لا يكون ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يضمن - معللين ذلك بحاجة الناس الى معاملة من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً، فلو لم يميز ذلك لَلَحِقَ الناس المخرج. وهذا عين ما أفتى به الإمام مالك، ولا يعني ذلك إلا العمل بالاستحسان - وأجاز الشافعية أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الجميع من المخرج، لو لم يبيع لهم مع نهي رسول الله (ﷺ) الصريح عنه، وهذا لا يعني إلا الاستحسان. هذا من ناحية التطبيقات الفقهية العملية.

أما من الناحية القولية والنقل: فقد قال الأمدي^١: نقل عن الشافعي أنه قال: أستحسن في المتعة أن يكون ثلاثين درهما، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام. وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة. وقال في السارق: إذا أخرج السارق يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت: القياس أن تقطع يمينه والاستحسان ألا تقطع. ثم يعقب الأمدي على ذلك فيقول فلم يبق الخلاف إلا في معنى الاستحسان وحقيقته.

وقال عبد العزيز البخاري: ذكر عفي السنة في التهذيب: ووضع المصحف في حجر الحالف استحسنه الشافعي تغليظا^٢.

وكذلك يؤخذ من كلام ابن الحاجب والكمال بن الهمام أن خلاف الشافعي ومن تابعه مع القائلين بالاستحسان خلاف لفظي^٣.

ومن هذا العرض السريع يتبين لنا عدم صحة نسبة رفض العمل بالاستحسان إلى الشافعي.

الحنابلة:

الإمام أحمد كالأئمة الثلاثة قال بالاستحسان وطبقة كمصدر من مصادر التشريع لكن في نطاق أضيق. ومن تعريفات الحنابلة:

قال الطوفي في مختصره: الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص^٤.

وقال ابن قدامة: الاستحسان له ثلاثة معان: أحدها العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، ثانيها - ما يستحسنه المجتهد بعقله، ثالثها - معنى يتقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه^٥.

وقال ابن بدران: كلام أحمد يقتضي أن الاستحسان عدول عن موجب قياس، لدليل أقوى^٦.

^١ الأحكام في أصول الأمدي ٣/٢٠٠.

^٢ كشف الاسرار مع البيزدي ٤/١١٣٣.

^٣ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ٢/٢٨٨ التحرير مع التقرير والتحجير ٣/٢٢٣.

^٤ مصادر التشريع ص ٥٨-٥٩.

^٥ المرجع السابق.

وقال معمر البغدادي^٢: مثال الاستحسان ما قاله أحمد من أنه يتيمم لكل صلاة استحساناً، والقياس أنه بمنزلة ماء حتى يحدث، وقال: يجوز شراء أرض السواد ولا يجوز بيعها. قيل فكيف يشتري من لا يملك البيع؟ فقال: القياس هكذا وإنما هو استحسان ولذلك يمنع من بيع المصحف ويؤمر بشرائه استحساناً، واستنتج بهذا من كلام أحمد: أن الاستحسان المنسوب إليه هو عبارة عن تقديم الدليل الشرعي أو العقلي لحسنه.^٣ ويتضح لنا من هذه الأقوال وغيرها أن الإمام أحمد وأصحابه قالوا بالاستحسان وأن مفهوم الاستحسان عندهم قد لا يقل توسعاً عن مفهومه لدى السابقين عليه، غير أنه من الناحية العملية والتطبيقية لم يتطرق له المناهضة إلا قليلاً حتى أن ابن تيمية قد رد أقوال الحنفية في جميع العقود التي اعتبروها مخالفة للقياس وأنها جوزت استحساناً كالمضاربة والمزارعة والمساقاة والإجارة والسلم... وأثبت أنها موافقة للقياس.^٤

الإمامية:

يستنتج من كلام الشيعة الإمامية من مراجعهم الأصولية والفقهاء ما يلي:

١. أن الاستحسان بالعرف مسألة العرف وحجته وهذا لا يكون حجة ولا دليلاً إلا إذا وصد الحكم الذي يقوم عليه إلى زمن المعصومين فإذا أقروه فإقرارهم هو الحجة لأن إقرارهم من السنة وإلا فلا حاجة فيه.

^١ المدخل إلى مذهب إمام أحمد لابن بدران ص ١٣٦

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

^٤ قال أبو تيمية: فالذين قالوا المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس ظنوا هذه العقود من جنس الإجارة... وهذا من غلطهم فإنهم من جنس المشاركات... وأما الحوالة: فمن قال تخالف القياس قال إنها بيع دين بدين وذلك لا يجوز وهذا غلط من وجهين، ثم شرح الوجهين ومن قال إن القرض خلاف القياس قال لأنه بيع ربوي بمنسه من غير قبض وهذا غلط فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية وأما قول من يقول: إزالة النجاسة على خلاف القياس والنكاح على خلاف القياس ونحو ذلك فهو من أفسد الأقوال.... إلى آخر ما قاله ابن تيمية من هذا القبيل. راجع القياس في الشرع الإسلامي لابن تيمية ص ٧ فما بعدها.

٢. الاستحسان بالمصلحة يدخل ضمن المصالح المرسلة وهي ترجع إلى حجية العقل وأنها ليست من الأصول القائمة بذاتها

٣. الاستحسان بمعنى العمل بأقوى الدليلين يدخل في باب تعارض الأدلة، له مرجعاته لرفعه وترجيح أحد الدليلين على الآخر، فإن كان المراد بالاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين فهو حسن ولا مانع من الأخذ به إلا أن عُدَّةً أصلاً في مقابل الكتاب والسنة والعقل، لا وجه له.^١

ويؤخذ من هذا أنهم لا يقرون الاستحسان كمصدر مستقل من مصادر الفقه الإسلامي.

الشيعة الزيدية:

ذهب جمهورهم إلى القول بالاستحسان واعتباره مصدراً من مصادر التشريع. فالاستحسان عندهم كما جاء في معيار العقول^٢: هو العدول عن القياس لأمر طارئ أوجب الأخذ بدليل أقوى. وقال الاستاذ أبو زهرة هذا هو مؤدي الاستحسان لدى الحنفية. وفي نظري أن المؤدي لدى الحنفية أعم لأن المراد بالقياس عند أبي حنيفة أعم من أن يكون قياساً أصولياً أو قاعدة عامة أو مقتضى نص عام كما سبق لكن عند الزيدية في الاستحسان لابد من دليلين ظنينين معدول عنه ومعدول إليه كلاهما صحيحان لم يختل الشروط في أحدهما لكن أحدهما أقوى لوجه مرجح. سواء كانا قياسين أو كانا قياساً وخبراً.^٣

أما الشوكاني من الزيدية فإنه قال: إن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه، لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو من المتقوّل على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى.^٤

والحاصل أن الشوكاني يرى أن الاستحسان عند التحقيق هو العمل بقياس يرجع على قياس، أو العمل بالعرف أو المصلحة، وهذا قريب من كلام الشيعة الإمامية غير أنهم لا يقولون بحجية القياس والمصالح المرسلة والعرف أيضاً.

^١ راجع الأصول العامة للفقه المقارن محمد تقي الحكيم ص ٣٧٢-٣٧٤.

^٢ معيار العقول في علم الأصول ورقة رقم ١١.

^٣ انظر معيار العقول المرجع السابق. أبو زهرة الإمام زيد ص ٤٣٨-٤٣٩.

^٤ إرشاد الفحول ص ٢٤١.

الإباضية:

قال السالمي:

ومنه الاستحسان أن ينقدها
في ذهن العلم دليل وضحا
وقصرت عن ذكره العبارة
وقيل أخذ ما اقتضته العادة^١

أي من الاستدلال الاستحسان. فعند الإباضية الاستحسان والمصالح المرسلّة والاستقراء والاستصحاب من أنواع الاستدلال^٢ وهم لا يختلفون مع الجمهور في كون الاستحسان دليلاً شرعياً ولكن يسمونه استدلالاً. فالخلاف في التسمية فقط.

الظاهرية:

سبق أن قلنا أن الظاهرية ينكرون القياس فإذن من الطبيعي أن ينكروا الاستحسان من باب أولى، قال ابن حزم: احتج القائلون بالاستحسان بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾^٣ الآية. وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم لأن الله لم يقل (فيتبعون ما استحسنا) بل قال فيتبعون أحسنه، وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله (ﷺ)، فالحق حق وإن استقبّحه الناس، والباطل باطل وإن استحسّنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال.

ومن الغريب أن نرى عالماً مثل ابن حزم يتجاسر على الجمهور ويعتبر عملهم بالاستحسان ضلالاً وجهلاً ويتغافل عن أن الاستحسان في الحقيقة من تطبيقات هذه النصوص القرآنية ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^٤ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^٥ ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفاً﴾^٦ ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ

^١ طلعة الشمس مع شمس الأصول ١٨٥/٢.

^٢ قال السالمي: الاستدلال في اصطلاح الأصوليين أسم لنوع خاص من الأدلة وهو ما ليس بنص ولا

إجماع ولا قياس المرجع السابق ١٧٧/٢

^٣ الزمر/١٨.

^٤ البقرة/١٨٥.

^٥ الحج/٧٨.

^٦ النساء/٢٨.

حَرَج^١ الآية. وقوله (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) وغير ذلك من النصوص الأخرى من هذا القبيل.

ونستنتج من المقارنة بين آراء المذاهب في الاستحسان ما يلي:

١- إن أشهر المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة:

أ- الجمهور (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإباضية، وجمهور الزيدية)

وهم قد أقرروا حجية الاستحسان على خلاف بينهم في التفاصيل.

ب- الشيعة الإمامية والظاهرية قالوا بعدم حجيته.

ج- الشوكاني من الزيدية قال أنه حجة ولكنه ليس دليلاً مستقلاً بل هو راجع إلى

الأدلة الشرعية الأخرى من المصادر التبعية، لأن ما له عند التحقيق هو العمل

بقياس يرجع على قياس أو العمل بالعرف أو للمصلحة.

٢. إن ما نسب إلى الإمام الشافعي من إنكاره للاستحسان ليس صحيحاً على إطلاقه

بل الاستحسان الذي حمل عليه هو الاستحسان بالهوى الذي لا يستند إلى أصل

شرعي، ولهذا قال ابن الحاجب: ولا يتحقق استحسان مختلف فيه.^٢ وقال صاحب

التقرير والتحبيد فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف.^٣

٣. نطاق تطبيقه عند الحنفية أوسع دائرة بالنسبة إلى بقية المذاهب القائلة به.

٤. مذهب الحنفية والمالكية يلتقيان في اعتبار المشقة والعرف الغالب مسوجين

للاستحسان الأخذ بالإجماع وخبر الآحاد في مقابل القياس ويظهر أن المالكية لا

يسمون ذلك استحساناً.

٣. المعدول عنه في الاستحسان قد يكون مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي

وقد يكون مقتضى نص عام إلى حكم الخاص وقد يكون مقتضى تطبيق قاعدة

شرعية كلية إلى حكم استثنائي. وعليه فتعريف الاستحسان بأنه عدول عن قياس

إلى قياس أقوى أو تخصيص قياس بدليل تعريف ناقص لأنه غير جامع.

٤. أنواع الاستحسان باعتبار سنده على ما هو المشهور عند الحنفية أربعة:

أ- استحسان سنده القياس الحفي.

^١ المائدة/٦.

^٢ راجع مختصر المنتهى مع شرح العنود ٢٨٨/٢

^٣ التحرير مع التقرير والتحبيد ٢٢٣/٣.

ب- استحسان سنده النص.

ج- استحسان سنده العرف.

د- استحسان سنده الضرورة.

وعند المالكية إثنان:

أ- استحسان سنده العرف.

ب- استحسان سنده المصلحة.

٥- يتفق المالكية مع الحنفية في نوعين من الاستحسان وهما: الاستحسان الذي سنده العرف والاستحسان الذي سنده المصلحة، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج، وينفرد الحنفية باستحسان سنده القياس والنص. فكل استحسان عند المالكية هو استحسان الحنفية ولا عكس ويتفق الزيدية مع الحنفية في ثلاثة أنواع: الاستحسان الذي سنده النص، أو الإجماع، أو القياس، وينفرد الحنفية بنوعين: الاستحسان بالعرف والاستحسان بالضرورة فكل استحسان عند الزيدية استحسان عند الحنفية ولا عكس.

٦- ويلاحظ أن تسمية الاستحسان الذي سنده النص أو القياس لا وجه لها، لأن الحكم في النوع الأول ثابت بالنص، وفي النوع الثاني بالقياس، لأن ترجيح قياس على قياس يعارضه لا يخرجه عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به.

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الاجتهاد بالرأي عن طريق تطبيق الاستحسان

أ- اختلف الفقهاء في شفعة ثمار الأشجار على ثلاثة أقوال:

ذهب الإمام مالك ومن تابعه إلى جواز الشفعة في ثمار الأشجار قبل أن تيبس وثمار المزروعات التي قبني من أصولها وأصولها باقية كالبطيخ والبادنجان والقرع والبابية والباقلية... فقال: إذا باع أحد الشريكين ثمراً على أصوله فللشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة من المشتري إلحاقاً بالعقار ما لم تيبس الثمرة.^١

وذهب الشافعية^٢، والحنابلة^٣، والشيعة الإمامية^٤ إلى عدم جواز الشفعة في الزرع والشر مطلقاً وقالوا: لا شفعة إلا في العقار.

وقال الحنفية بالشفعة في الزرع والثمار مع الأصل إذا ذكر الثمر أو الزرع في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر^٥ وفي وجه للشافعية تؤخذ الثمرة غير المؤبرة مع الأصل لا وحدها.^٦ احتج الإمام مالك بالاستحسان وقال إنه - أي القول بالشفعة في الثمر والزرع - لشيء استحسنته وما علمت أن أحداً قاله قبلي.^٧

واستدل صاحب الهداية - في قول الحنفية بجواز الشفعة في الثمر بالاستحسان أيضاً فقال: وهذا الذكر ذكر استحسان، وفي القياس لا يأخذ به، لأنه ليس يتبع إلا أنه لا يدخل في

^١ الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/٢١٢ وجاء فيه: اعلم من مسألة الشفعة في الثمار وما عطف عليها إحدى مسائل الإستحسان الأربع التي قال فيها مالك أنه لشيء استحسنته وما علمت أن أحداً قال قبلي الثانية الشفعة في البناء بأرض مجسة أو معارة، ثالثة القصاص يشاهد ويمين في الحرج، الرابعة في الأئمة من الإبهام لحسن من الإبل.

^٢ المذهب ١/٣٧٦-٣٧٧

^٣ نيل المارب ١/٢٧٢

^٤ الخلاف للطوسي ١/٦٨٤

^٥ الهداية مع فتح القدير ٩/٤٠٢

^٦ المذهب ١/٣٧٦ فما بعدها وفي وجه ثان لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل.

^٧ بلغة السالك ٢/٢١٢.

البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار. وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار وما كان مركباً فيه فيأخذ الشفيع.^١
واستدل من قال بعدم الجواز بقوله (ﷺ) (لا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَجْعٍ أَوْ حَانِطٍ)^٢ حيث يدل هذا النص على حصر الشفعة في العقار دون المنقولات.^٣

ب- اختلف الفقهاء في جواز القضاء بشاهد واحد وعين في القصاص في المرح على قولين: ذهب الإمام مالك إلى أنه يكفي في قصاص المرح شاهد واحد وعين المدعي. وذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك.^٤

وسبب الخلاف تعارض ظاهر بين النص والمصلحة، واحتج الإمام مالك رحمه الله بالاستحسان نظراً إلى أن مصلحة المدعي تتطلب الاكتفاء بيمينه مع شاهد واحد. واستدل الجمهور بعموم النصوص منها قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ لأن هذا النص في بيان العدد والذكورة والبلوغ والجمهور متفقون على عدم جواز القضاء بشاهد واحد وعين المدعي في القصاص مطلقاً، ولكنهم يختلفون في الأموال. فقال الحنفية: لا يجوز مطلقاً في الأموال والقصاص وغيرها. وقال غيرهم يجوز في الأموال.

والراجح في نظري هو رأي الإمام مالك بعد حصول القناعة لدى القاضي والاستنتاج من ظروف القضية المعروضة أمامه حتى لا يفلت المعتدي من يد العدالة السامية في الدنيا.

ج- اختلف الفقهاء في تطبيق عقوبة القطع على السارق بعد المرة الثانية على قولين: ذهب الشافعي ومالك وإسحاق ومن وافقهم إلى أن السارق إذا سرق بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، في الثالثة قطعت يده اليسرى، فإن سرق رابعاً قطعت رجله اليمنى.^٥

وذهب الحنفية^١، والحنابلة^٢، والشيعة الإمامية^٣، ومن وافقهم إلى أنه يحبس في المرة الثالثة ويتوقف القطع بعد الثانية.

^١ الهداية مع شرح فتح القدير ٤٠٢/٩.

^٢ رواه مسلم عن جابر بن عبد الله سبل السلام ٧٣/٣.

^٣ المهذب ٣٧٦/١.

^٤ بلغة السالك ٢١٢/٢.

^٥ النظر فتح القدير ٣٦٩/٧ الخلاف للطوسي ٦٠٧/٢.

^٦ المهذب ٢٨٣/٢.

وسبب خلافهم تعارض الآثار مع الاستحسان.

واستدل من قال باستمرار القطع بما روى أبو هريرة (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال في السارق: إن سرق فاقطعوا يده ثم سرق فاقطعوا رجله.

وقالوا: إن سرق خامساً لا يقتل لأن النبي يبين في حديث أبي هريرة ما يجب أربع مرات فلو وجب في الخامسة قتل ليّين، ولكن ورد في رواية أبي داود بسند جابر بن عبد الله قال (صلى الله عليه وسلم) في الخامسة اقتلوه...

روى أبو داود بسند إلى جابر بن عبد الله أنه قال: جاء سارق إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقال: فقال: اقتطعوه. كذلك في الثانية والثالثة والرابعة، فأتي به في الخامسة، فقال: اقتلوه. قال جابر: فانطلقنا به فقتلناه.

واستدل الحنفية بالاستحسان، فقال صاحب البداية: فإن سرق ثانية قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً لم يقطع وخُذ في السجن حتى يموت، وقال صاحب الهداية تعليقاً على ذلك: وهذا استحسان.

واستدل الحنابلة بأنه جنى جناية لا توجب الحد، فوجب حبسه كفالة عن السرقة وتعزيراً له، لأنه القدر الممكن في ذلك، والظاهر أنهم عدلوا عن القطع أيضاً رافة به واستحساناً وإن لم يصرحوا بذلك.

واستدل الشيعة الإمامية كعادتهم بإجماع الفرقة وأخبارهم، وإلى جانب ذلك استدلوا بقراءة ابن مسعود (رضي الله عنه) (والسارق والسارقة فاقطعوا أيماهما)، وما روى عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) أنه أوتي سارق مقطوع اليد والرجل، فقال: إني لأستحي من الله أن لا أترك له ما يأكل به ويستنجي به.

واستدلوا أيضاً بأن الأصل براءة الذمة.

^١ فتح القدير ٣٩٥/٥.

^٢ نيل المارب ١٤٧/٢.

^٣ الخلاص للطوسي ٤٦٩/٢.

^٤ راجع السنن الكبرى ١٤٢/٤.

^٥ البداية مع فتح القدير ٣٩٥/٥.

^٦ الخلاص للطوسي ٤٦٩/٢.

والراجع هو القول بعدم القطع الثالثة ورابعة، كما ذهب إليه أكثر الفقهاء، لقوة أدلتهم، وبوجه خاص إذا صح ما نقل عن سيدنا علي (ع)، فإنه يعتبر منتهى الاستحسان.

د- اختلف الفقهاء في عائدة ملكية المعادن هل للمالك الأرض التي وجدت فيها باعتبار أنها جزء من الأرض، أم لواجدها لأنه هو الذي باهر السبب وأن باطن الأرض ليس ملكاً لأحد أو ليست لهذا ولا ذلك وإنما هي للدولة.

أخذ الحنفية بالقياس فقالوا إن هذه المعادن إن وجدت في أرض مملوكة للأفراد والشركات كانت تابعة للأرض لأنها من أجزائها وما داموا قد ملكوا الأرض فظاهرها وباطنها سواء. وإن كانت من أملاك الدولة الخاصة كانت المعادن التي بها ملكاً للدولة. وإن كانت في أرض موقوفة كانت تابعة للموقف، وإن كانت في أرض موات فهي لأول شخص يستولي عليها لأنها مباحة تبعاً لإباحة أصلها.^١

واحتج المالكية بالاستحسان أي بالمصلحة التي تعارض القياس. فقالوا: إن المعادن بكافة أنواعها (سواء كانت صلباً قابلاً للطرق والمسح كالذهب والفضة والنحاس والحديد... أو لا يقبل ذلك كالماس... أو سائلاً كالبتروöl... ملك للدولة ولصالح المسلمين جميعاً).^٢

وذهب الشافعية والحنابلة إلى ما هو قريب من رأي الحنفية فقالوا: إن كانت المعادن في المملوكة فللمالكها، وإلا فللمن سبق الاستيلاء عليها.^٣

غير أن ابن قدامة ينقل عن الشافعية والحنابلة رأياً آخر يتفق مع وجهة نظر المالكية.^٤ وسبب خلافهم تعارض القياس مع الاستحسان الذي هو عبارة - هنا - عن العدول عن القياس الظاهر للمصلحة.

فمن أخذ بالقياس وقال إن من يملك ظاهر الأرض يملك باطنها: قال لا تكون للدولة بل للمالك الأرض أو لمن يستولي عليها في أرض الموات.

^١ البدائع ٦٥/٢ المبسوط ٢١١/٢ الدر المختار ٤٧/٢.

^٢ بلغة السالك ٢١٤/١.

^٣ المذهب ١٦٢/١ - ٤٢٤ - ٤٢٥.

^٤ المغنى لابن قدامة ٥١٢/٥.

ومن رَجَّح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد أخذ بالاستحسان وذهب إلى أن الأرض تملك بقصد الزرع أو البناء أو التعمير ولا يقدر لما في جوفها حساب في الثمن، ولا يقصد في العقد. ثم إن في ملكيتها للدولة مصلحة عامة وقد يكون في استيلاء الأفراد مفسدة كما يقول الصاوي المالكي في تعليل ملكيتها للدولة أن المعادن قد يجدها شرار الناس فلو لم يكن حكمها للإمام لأدى إلى الفتن والهرج.

والراجع هو ما ذهب إليه المالكية لأن نظرتهم في هذه المسألة نظرة جماعية تجعل المصلحة العامة مقدمة على مصلحة الأفراد، ونظرة بقية الفقهاء نظرية فردية صرفة ولو أخذوا بقاعدة الاستحسان لكان الفضل إذ أن التعاقد بين الناس على الأرض أو أحيائها لا يقصد منه ما في جوفها، ثم إن المصلحة العامة هنا تعارض القياس، فيؤخذ بها دونه.



الفصل الرابع المصالح المرسلة وأثرها في اختلاف الأحكام

ويشمل على مبحثين
الأول في حجية المصلحة المرسلة
والثاني في التطبيقات الخلافية.



المبحث الأول

حجية المصلحة المرسلة

لقد سبق تعريف المصلحة المرسلة بأنها هي التي لم يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع ولا بالالغاء^١ واختلفت الآراء في الاحتجاج بها على ثلاثة أقوال:

الأول: أنها ليست حجة مطلقاً. واختاره ابن الحاجب فقال لا دليل على اعتبارها فوجب ردها.^٢ وقال الآمدي اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك بها، وأثار التشكيك فيما نقل عن مالك بمصره في دائرة ضيقة فقال: ولعل إن صح عنه النقل فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً.

وأخذ بالمنع المطلق الظاهرية، وبعض المتأخرين من علماء الحنابلة، والباقلاني، وجماعة من المتكلمين، وقال الشوكاني أنه مذهب الجمهور.^٣

الثاني: أنها حجة مطلقاً وهو مشهور عن الإمام مالك واختاره إمام الحرمين من الشافعية^٤ وقال الشاطبي في الاعتصام ذهب مالك إلى اعتبار ذلك وبني الأحكام عليه على الإطلاق^٥ وبه أخذ بعض علماء الحنابلة ومنهم الطوفي المشهور بأنه غالى في رعاية المصلحة.

الثالث: التفصيل الآتي:

أ- يؤخذ بها بشروط ثلاثة: وهي أن تكون ضرورية وأن تكون قطعية، وأن تكون كلية. قال الأسنوي وهو رأي الفزالي واختاره البيضاوي.^٦

^١ التقرير والتحجير مع التحرير ٢٨٦/٣

^٢ مختصر المنتهى مع شرح العضد والحاشية السعد ٢٨٩/٢.

^٣ إرشاد الفحول ص ٢٤٢.

^٤ الأسنوي مع البدخشي ١٣٦/٣.

^٥ الاعتصام ١١١/٢ فما بعدها مطبعة السعادة.

^٦ مناهج البيضاوي مع الأسنوي والبدخشي ١٣٦/٣.

ب- قال الشاطبي في الاعتصام نقلاً عن الجويني: ذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح، لكن بشرط قرينه من معاني الأصول الثابتة. وقال صاحب المودة نقلاً عن ابن برهان: الحق ما قاله الشافعي في أنه إن كانت ملائمة لأصل كلي من أصول الشريعة، أو لأصل جزئي، جاز لنا بناء الأحكام عليها، وإلا فلا^١.

وقال الشيعة الإمامية إن رجعت إلى العقل على سبيل الجزم، يعمل بها، وما عدا ذلك ليس حجة، ولكن قالوا: إن ذلك لا يعني أنها دليل مستقل مقابل العقل^٢.
تقييم هذه الآراء من وجهة نظري:

أولاً: إن الأمدي رحمه الله لم يكن موافقاً بشأن تحليل آراء العلماء في هذا الموضوع من وجوه ثلاثة:

الوجه الأول - دعوى اتفاق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرها على امتناع التمسك به، يتعارض مع وجود تطبيقات فقهية مبنية على العمل بالمصالح المرسله لدى أكثر الفقهاء، وإلى جانب ذلك فقد نقل إمام الحرمين عن الشافعي ومعظم فقهاء الحنفية العمل بها إذا كانت مشبهة بالمصالح المعتبرة. وقال القرافي: (إن المصلحة في جميع المذاهب عند التحقيق لأنهم يقيسون ويفرقون ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، ولا تعنى بالمصالح المرسله الا ذلك. وما يؤكد العمل بالمصلحة المرسله ان الصحابة عملوا امورا لمطلق المصلحة لا لتقديم شاهد بالاعتبار)^٣.
وقال الطوفي من الحنابلة: تقدم المصلحة على النص والاجماع لأن الاجماع اختلف في حجته، ولكن المصلحة لا اختلف في حجيتها والتمسك باتفاق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه^٤.

وبعد كل هذا وذاك كيف يمكن القول باتفاق الفقهاء على امتناع التمسك بالمصالح المرسله؟

^١ المسودة في اصل الفقه الحنبلي ص ٤٥١.

^٢ القوانين الحكيمة للمحقق القمي ٢

^٣ شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٦.

^٤ راجع رسالة الطوفي في رعاية المصلحة المنشورة في مصادر التشريع الاسلامي فيما لانص فيه للاستاذ عبد الوهاب خلاف .

الوجه الثاني- يقول الآمدي: (وقد أنكر أصحاب مالك ما نسب إلى مالك من القول بها).^١ ودعوى انكار أصحاب مالك للمصالح المرسلة لا ينفرد بها الآمدي، بل قال بذلك أيضاً جماعه، منهم الشوكاني الذي ينسب الإنكار إلى القرافي، وهو خطأ ومنشأه هو أن الشوكاني يقول: (وقد أنكر جماعة من المالكية ما نسب إلى مالك من القول بها، منهم القرافي قال: وقد اجتأ إمام الحرمين الجويني وجازف فيما نسبته إلى مالك في الإفراط في هذا الأصل، وهذا لا يوجد في كتب مالك ولا في شيء من كتب أصحابه).^٢ هذا نص ما قاله الشوكاني، وهاكم ما قاله القرافي: (وامام الحرمين قد عمل في كتابه المسمى بالقياسي اموراً وجوزها وافتى بها، والمالكية بعيدون عنها، وجسر عليها وقالها للمصلحة المطلقة، وكذلك الغزالي في شفاء الغليل، مع أن الاثنين شديدا الانكار علينا في المصلحة المرسلة.^٣

فستان بين كلام القرافي وبين ما ادعاه الشوكاني، فكلام القرافي واضح في أن من أنكر على مالك الاحتجاج بالمصالح المرسلة عمل بها أكثر من مالك والمالكية.

الوجه الثالث: توجيه الآمدي لكلام الامام مالك بما يتفق مع رأي الغزالي من أن المصلحة التي كان يعمل بها مالك هي الضرورية القطعية الكلية يتعارض مع تفريعات مالك على المصلحة المرسلة، منها: سجن المتهم بالسرقة حتى يعترف ومنها: التفريق بين الزوجة وزوجها المفقود بعد أربع سنوات إلى غير ذلك .

ثانياً: أن عد الغزالي من أصحاب الرأي الثالث القائلين بالتفصيل في القول بالمصلحة المرسلة كما صنعه الأسنوي ليس صواباً لوجهين.

الأول: أن الغزالي اشترط هذه الشروط للقطع بالعمل بها لا لأصل القول بها كما يقول ابن السبكي.^٤

الثاني: أن ماذهب إليه الغزالي من المصلحة الضرورية القطعية الكلية لا يمكن اعتباره من المصالح المرسلة لأنها بما دل الدليل على اعتبارها.

^١ انظر الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٠٣/٣ وهذا القول من الآمدي لا يؤيده الواقع في المراجع

المالكية الاصولية والفقهاء

^٢ ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٢

^٣ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٦-٤٤٧

^٤ جمع الجوامع مع حاشية البناتي ١٧٧/٢ المطبعة الازهرية المصرية.

فالثالث: هذه الخلافات والمناقشات بين الأصوليين والفقهاء حول العمل بالمصالح المرسلّة تكاد أن تكون لفظية، وذلك لأن الكل متفقون على أن أحكام الله شرعت لمصالح العباد، وكذلك متفقون على أن كل مصلحة منفعة عامة للناس أو تدفع عنهم ضرراً عاماً، ولم يرد من الشرع ما يدلّ الغائها من الاعتبار، فإنه يجوز بناء الأحكام عليها. وقد نهج على هذا فقهاء الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم، ولكنهم يختلفون في التفصيل: فمنهم من يرجعها إلى عموميات النصوص والقيمة كالفرازي من الشافعية وابن الحاجب من المالكية وابن الهمام من الحنفية وابن تيمية من الحنابلة. ومنهم من يرجعها إلى العقل كالشيعة الإمامية، أو إلى القياس كالشيعة الزيدية، أو إلى ظاهر النصوص كالظاهرية، أو إلى الاستدلال كالأباضية ومنهم من يعتبرها مصدراً مستقلاً كالمالكية إلا أنها من المصادر الكاشفة.

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة

عن الخلاف في هذا الأصل

أ/ اختلف الفقهاء في حكم زوجة المفقود على قولين:

١- ذهب المتقدمون من الحنفية والشافعية في الجديد ومن تابعهم الى انها لا تحل للأزواج الا أن تتبين وفاته. وبه قال ابن أبي ليلى وابن شعبة والثوري والشيعة الامامية إذا انفق عليها ولي الزوج، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب عليه السلام.

٢- ذهب الإمام مالك وأحمد وإسحاق والشافعية في القديم الى أنها تتربص أربع سنين، ثم لها أن ترفع أمرها الى الحاكم حتى يُفَرَّقَ بينهما بطلبها، بعد التأكد من انقطاع خبره عن طريق وسائل الإعلام، ثم تعتد للوفاة، فتحلّ للأزواج. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، وبه قال الشيعة الامامية إن لم ينفق عليها ولي الزوج^١.

وسبب الخلاف تعارض ظاهر النصوص مع المصلحة، فمن تمسك بظاهر النصوص التي تدل على بقاء العصمة حتى تزول من الأسباب المحددة كالطلاق والوفاة، قال يجب أن تصبر زوجة المفقود حتى يتبين وفاته، ومن أخذ بمصلحة المرأة فقال لها أن تنتظر لمدة أربع سنوات، ثم يُفَرَّقَ القاضي بينهما بطلب منها، فتعتد عدة الوفاة فتزوج. وتحديد هذه المدة جاء من بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، كعمر بن الخطاب وهم تمسكوا بالمصلحة أيضاً في القول بالتفريق والحل للأزواج بعد المدة وعدة الوفاة. وقال المالكية: ولزوجة المفقود ببلاد الإسلام الرفع للقاضي والوالي وجابي الزكاة، وإلا فلجماعة المسلمين من صالحى بلدها، ولها ألا ترفع وترضي بالمقام معه في عصمته حتى يتضح أمره أو تموت، فيؤجل إلى أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلق عليه لعدم النفقة، ثم بعد الأجل تعتد عدة وفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام^٢.

^١ الخلاف للطوسي ٣١٢/٢

^٢ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٧٩/٢

وترك أكثر المتأخرين من الحنفية أصل مذهبهم وافتوا بمذهب مالك في التفريق بين زوجة المفقود وزوجها بعد أربع سنوات، وعلّلوا ذلك بتغير الزمان، فقالوا: قد كان الصلاح بادياً والمرأة إذا بقيت من غير زوج طول عمرها لا تقوم حولها شبهات وكان هناك من أهل الخير من ينفق عليها، ولكن فسد الزمان فقل الخير وضعف الإيمان. وكذلك أخذوا بمذهب مالك في عدة من ينقطع طهرها بعد الطلاق، فقالوا: إنها تقتضي بسنة من تاريخ الطلاق. وقال صاحب البزازية: الفتوى في زماننا على قول مالك^١.

ب/ اختلفوا في جواز تعذيب المتهم بالسرقة بالسجن أو بالضرب حتى يُقر بها. أفتى الإمام مالك بجواز ذلك عملاً بالمصالح المرسلّة. وخالفه الجمهور عملاً بظاهر النصوص منها قوله (ﷺ) ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^٢.

قال الشاطبي في الاعتصام^٣: ذهب مالك إلى جواز السجن في التهم وإن كان السجن نوعاً من العذاب، ونص أصحابه على جواز الضرب، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصنّاع، فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب، إذ قد يتعذر إقامة البينة، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والإقرار.

ولقد كان العمل بالحديث مفيداً حينما كانت القلوب عامرة بالإيمان ولا قدّم واحد على يمين فاجرة من أجل مال سرقه، مهما كانت قيمته، فلما تغيرت النفوس وضعف سلطان الإيمان، عدل من الحكم بلزوم يمين المدعي عليه إلى التعذيب.

ويلاحظ أن فائدة الإقرار بالإكراه تظهر في تعيين المتاع، فتشهد عليه البينة لصاحبه، وفي أن غيره قد يزدجر حتى لا يكثر الإقدام فتقل أنواع هذا الفساد^٤.

وقال الغزالي فالضرب بالتهمة للاستنطاق بالسرقة مصلحة قال بها مالك ولا نقول به، لا لإبطال النظر إلى جنس المصلحة، لكن لأن هذه المصلحة تعارضها أخرى وهي مصلحة المضروب، فإنه ربما كان بريئاً من الذنب، وترك الضرب في مذهب أهون من

^١ انظر ابن عابدين ٢٩٥/٤.

^٢ صحيح الترمذي ٦١٧/٣.

^٣ ١٢٠/٢.

^٤ المرجع السابق.

ضرب بري^١.

والراجح من وجهة نظري هو أن هذا يجب تركه لتقدير القاضي، فإن كان الظن الغالب صحة الاتهام يُعذب المتهم حتى يعترف وإلا فلا.

ج/ وكذلك اختلف الفقهاء في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل، فأفتى الإمام مالك بجواز ذلك خلافاً للجمهور، مع أن العدالة شرط في الشهادة، ومن شروط العدالة البلوغ، وإجازة مالك لذلك هو من باب العمل بالمصلحة، فقد أفتى بذلك في مقابلة النص، ولا يدفع هذا ما قاله ابن رشد (ليست هذه في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولئذ لا يشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجبوا)^٢. لأن الشهادة في الحقيقة لا يراد منها شرعاً إلا ترجيح صدق المدعي فيما ادعاه، فهي قرينة على الصدق، والراجح هو مذهب مالك لأن الهدف هو الوصول إلى الحق وهو قد يظهر على لسان الصبيان أكثر من الكبار لبعدهم عن التحايل والانهياز والكذب.

د/ واختلفوا أيضاً في جواز التحليف بالمصحف وعلى سورة الجامعة وفي ضريح ولي وبالطلاق. فأفتى الإمام مالك بجواز ذلك عملاً بالمصلحة المرسله خلافاً للجمهور، وسبب الخلاف تعارض المصلحة مع قول النبي (ﷺ): ((من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله))^٣. وعمل المالكية ذلك بأن المقصود من التحليف والتغليظ صرف الخالف عن الإقدام على الباطل^٤. ورأيهم سديد في هذه المسألة، لأن كثيراً من البسطاء يقبلون التحليف بذات الله وصفاته على الباطل، ولا يقبلون ذلك بالطلاق أو بضريح بعض الأولياء.

هـ/ اختلفوا في قتل الجماعة بالواحد، وقد سبقت هذه المسألة في خلاف الصحابة، فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب قتل الجماعة بالواحد عملاً بالمصلحة المرسله، ووجه المصلحة:

^١ المستصفى ص ٢٥٤

^٢ بداية المجتهد ٣٨٧/٢

^٣ النسائي: كتاب الأيمان والنذور، باب التشديد من الحلف بغير الله تعالى ٤/٣.

^٤ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٨/٤

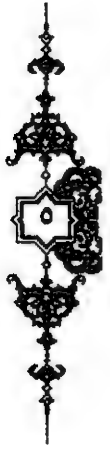
أن القتل معصوم وقد قُتل عمداً، فأهداره داع إلى جزم أصل القصاص واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل، إذا علم أنه لا قصاص فيه^١

و/ اختلفوا في جواز صرف الزكاة لبني هاشم: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز ذلك لأحاديث وردت بروايات مختلفة تحرم الصدقة الواجبة والنافلة عليهم، منها ما روى مسلم عن النبي ﷺ ((أنا لا أكل الصدقة))^٢، ومنها قوله ﷺ ((لا يحمل لكم أهل البيت من الصدقات شيء))، إنما هي غسالة أيدي الناس، وإن لكم في خمس الخمس ما يغنيكم)). وروى عن أبي حنيفة جواز ذلك، وقال كمال بن الهمام تعليقا على قول البداية (ولا يدفع إلى بني هاشم)، هذا ظاهر الرواية. وروى أبو عصمة عن أبي حنيفة أنه يجوز في هذا الزمان وإن كان ممتنعاً في ذلك الزمان^٣. وهذه الرواية عن الإمام أبي حنيفة إن صحّت فإنها مبنية على العمل بالمصلحة دفعا للضرر عن بني هاشم.

^١ الاعتصام ١٢٥/٢

^٢ صحيح مسلم ٧٥١/٢

^٣ أنظر فتح القدير ٢٧٢/٢ حاشية بن عابدين ٣٥٠/٢



الفصل الخامس قول الصحابي وأثره في اختلاف الأحكام

ويتضمن هذا الفصل مبحثين
الاول في حجية قول الصحابي
والثاني في التطبيقات الفقهية
الخلافية.



المبحث الاول

حجية قول الصحابي^١

ذكرنا أنَّ كبار الصحابة الذين عُرِفوا بالفقه والاجتهاد، اجتهدوا وأفتوا وقضوا في وقائع كثيرة، ثم تولَّى رواة التابعين وتابعي التابعين تدوين قضيتهم وفتاواهم، حتى كان بعضهم يطلق على أقوال الصحابة السنة، وحظيت باهتمام بالغ من قبل علماء الأصول والفقهاء، للكشف عن منزلتها في الاحتجاج ومرتبته من المصادر التشريعية، فاتفقوا على أن مذهب الصحابي في المسائل الاجتهادية ليست حجة على غيره من الصحابة المجتهدين، إماماً كان أو حاكماً أم مفتياً.^٢ وعلى أن مذهب الصحابي حجة إذا تم الاتفاق عليه في عهد الصحابة، أو في أي عصر آخر، وعلى أنه إذا قال الصحابي أمرنا رسول الله ﷺ بكذا، أو نهانا عن كذا، أو رخص لنا كذا، أو حرّم أو نهى أو أمر أو فرض... فإنه حجة، لأنه يُعتبر سنة مروية عن الرسول، ولم يشذ عن هذا إلا الظاهرية،^٣ ولكنهم اختلفوا فيما عدا هذه الصور على ثلاثة أقوال:

الاول- إنه حجة مطلقاً، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم واحمد بن حنبل في رواية وبعض أصحاب أبي حنيفة، كأبي بكر الرازي الجصاص والبدعي، وقالوا: إنه يُقدّم على القياس عند التعارض. وحكى الطبري عن أبي سعيد البدعي أنه كان يقول: قول الواحد من الصحابة مُقدّم على القياس ويترك بقوله، وقال السرخسي وعلى هذا ادركنا مشايخنا.^٤

الثاني - إنه لا يكون حجة مطلقاً، وهو مذهب الأشاعرة والمعتزلة والشافعي في الجديد واحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه،^٥ وإليه ذهب الغزالي، واختاره الرازي

^١ اختلفوا في معنى الصحابة، فمنهم من اشترط الصحبة الطويلة، وهو الراجح لدى الاصوليين، ومنهم من اكتفى بصحبة قليلة ولو لحظة، وهو رأي المحدثين.

^٢ الأمدى ١٩٥/٣ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ١٢٨٧/٢ لاسنوي مع البدخشي ١٤٣/٣

^٣ انظر المسودة ص ٢٣٩

^٤ انظر اصول السرخسي ١٠٥/٢

^٥ الأمدى ١٩٥/٣

والأمدي وأتباعهما كابن الحاجب والبيضاوي.^١ وهو قول الكرخي من الحنفية، وقد ذكر أبو بكر الرازي الجصاص عن أبي الحسن الكرخي، أنه كان يقول: أرى أبا يوسف يقول في بعض مسائله: القياس كذا، إلا أنني تركته للأثر (قول الصحابي). فهذه دلالة مبنية على تقديم قول الصحابي على القياس، وأما أنا فلا أعجبني هذا المذهب،^٢ وهو الصحيح في المذهب الإباضي.^٣

الثالث - التفصيل كالآتي:

أ- ذهب جماعة إلى أنه حجة إن خالف القياس، وإلا فلا. وإليه ذهب أحمد وأكثر أصحابه وبعض الحنفية، وقال الفتوحى الحنبلي في شرح الكوكب المنير: وإن لم يوافق الصحابي القياس، حُمل على التوقيف ظاهراً عند أحمد وأكثر أصحابه والشافعي والحنفية وابن الصباغ والرازي.^٤

ب- وذهب البعض إلى أن الحجية في قول الخلفاء الراشدين فقط.

ت- وقال جماعة الحجية في قول الشيخين (أبي بكر وعمر) (رضي الله عنهما).

ث- والبعض أنه حجة إذا انضم إليه القياس، فيُقدّم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابي، وهو ظاهر قول الشافعي في الرسالة.^٥

ج- وقال البعض يجب الأخذ بقول الصحابي وتقليده فيما لا يُدرك بالقياس، وهذا هو ظاهر مذهب الحنفية، واستدلوا بأنه لا وجه له إلا السماع أو الكذب والكذب عنهم منتف، وأما إذا أدرك بالقياس فلا يجب، لأن القول بالرأي منهم مشهور، والمجتهد يُخطئ ويصيب، وهذه المسألة متفرعة على مسألة أخرى، صورتها: هل مذهب الصحابي إذا لم يتبين أنه اجتهد منه، محمول على أنه سمعه من الرسول ﷺ أو لا؟^٦

ح- ومن الطبيعي أن يكون مذهب آل البيت حجة عند الشيعة الإمامية، لأنهم يعتبرون أقوال المعصوم من آل البيت وأفعاله وتقريره سنة.

^١ الأسنوي ١٤٣/٢ مختصر المنتهى مع العضد والسعد ٢٨٧/٢

^٢ أصول السرخسي ١٠٦/٢

^٣ شمس الأصول مع طلعة الشمس ٦٤/٢

^٤ انظر شرح الكوكب المنير ص ٣٨٦

^٥ ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٣

^٦ شمس الأصول مع طلعة الشمس ١٤/٢

الأدلة:

أحتج أصحاب الرأي الأول بأدلة منها:

١. قال تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَسْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ الآية^١. وجه الدلالة: أنه خطاب مع الصحابة بأن ما يأمرون به معروف والأمر بالمعروف واجب اتباعه، فمذهب الصحابي واجب اتباعه.
- ويناقش بأن الخطاب عام للأمة الإسلامية، وإن سلمنا إنه ورد بخصوص الصحابة، فهو خطاب لمجموعة، فلا يدل على حجية قول كل واحد منهم^٢.
٢. قوله (ﷺ): ((أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم))، ويناقش بضعف سند هذا الحديث، ثم إنه لا دلالة فيه على عموم الاقتداء في كل ما يقتدى به^٣.
٣. الإجماع: إن عبدالرحمن بن عوف ولّى علياً بالخلافة، بشرط الإقتداء بالشيخين، فأبى، وولّى عثمان فقبل، ولم ينكر على ذلك منكر، فصار إجماعاً.
- ويناقش بأن الصحابة لم ينكروا على عبدالرحمن وعلي، لأنهم حملوا الاقتداء على المتابعة في السيرة والسياسة دون المتابعة في المذهب، للإجماع على أن مذهب الصحابي ليس حجة على الصحابي^٤.
٤. المعقول:

- أ- الصحابي إذا قال قولاً يخالف القياس، فلا يجوز أن يكون ذلك بدون سند، وإلا كان قائلاً بالتشريع بلا دليل وهو مُحَرَّم، ومستنده النقل، فكان حجة متبعة.
- ب- قول الصحابي إذا انتشر ولم ينكر عليه فهو حجة ويقاس عليه ما لم ينتشر كما في قول النبي (ﷺ).
- ت- مذهب الصحابي إما عن نقل أو اجتهد، ففي الأول حجة وفي الثاني يرجع اجتهد الصحابي على التابعي ومن يأتي بعده.

^١ آل عمران/١١٠.

^٢ الآمدي ١٩٨/٣.

^٣ الآمدي ١٩٨/٣.

^٤ الآمدي ١٩٨/٣ أصول السرخسي ١٠٩/٢.

ويناقش الأول بأنه منقوض بمذهب التابعي، فإن ما ذكره بعينه ثابت فيه مع أنه ليس حجة بالاتفاق.

ويناقش الثاني بأنه ليس مسلماً أن مستنده النقل، إذ لو كان معه النقل في الإجماع وإلا فلا حجة مطلقاً.

ويناقش الثالث بأن لا مُسلم أن مستنده النقل، إذ لو كان معه النقل لرواه، لأنه عدل.^١

واحتج أصحاب الرأي الثاني بأدلة منها:

١. احتج الكرخي بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^٢ وجه الدلالة. أنه أوجب عند الاختلاف الرجوع إلى الكتاب والسنة، فالرد إلى مذهب الصحابي ترك للموجب.^٣

ويناقش بأن الرجوع إلى مذهب الصحابي يكون عند عدم الظفر بما يدل على حكم الواقعة من الكتاب والسنة.

٢. وقال الغزالي: ذهب قوم إلى أنه حجة مطلقاً وقوم إلى أنه حجة إذا خالف القياس، وقوم الحجة في قول أبي بكر وعمر، وقوم الحجة في قول الراشدين. والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط والسهو ولم تثبت عصمته عنه، فلا حجة في قوله.^٤

ويناقش بأن القائلين بمذهب الصحابة لا يريدون إثبات العصمة، وبأن العدالة كافية للأخذ برأيهم.

وقال أيضاً: أتفق الصحابة على جواز مخالفة الصحابة، فلم ينكر أبو بكر وعمر على من يخالفهم بالاجتهاد، أي لو كان مذهبه حجة لوجب على كل واحد منهم اتباع الآخر.

ويناقش بأن محل الخلاف إنما هو في حجية مذهب الصحابي على غير الصحابي.

^١ راجع المرجعين السابقين.

^٢ النساء ٥٩.

^٣ أصول السرخسي ١٠٧/٢.

^٤ المستصفى ص ٢٤٣.

٣. وقالوا: قول الصحابي عن اجتهاد مما يجوز عليه الخطأ، فلا يقدم على القياس. ويناقش بأن جواز الخطأ لا يمنع تقديمه على القياس كما في خبر الواحد.^١
٤. وقال السالمي الاباضي: لو كان حجة على أحد للزم ألا يقع بين الصحابة خلاف في مسألة أصلاً، وقد وقع الخلاف بين الصحابة في مسائل كثيرة.^٢
- وهذا الدليل من السالمي هو نفس ما استند إليه الغزالي، ويناقش بما نوقش به كلام الغزالي.

واحتج أصحاب القول الثالث من قالوا بحجية قول الصحابي إذا خالف القياس: بأن المخالف لا بد له من حجة نقلية فيقبل وتكون الحجة بالحقيقة تلك.

ويناقش بأنه لو صح ذلك، لاقتضى أن يلزم الصحابي العمل به، وأيضاً كان يجب أن يكون قول التابعين من بعدهم كذلك، لجريان الدليل فيهما، وكلاهما خلاف القياس.^٣

ومن قال بحجية قول الراشدين استدلل بقوله (ﷺ) ((عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، عضواً عليها بالنواجذ))، وجه الدلالة أن مفهومه يدل على أن غيرهم ليس كذلك.^٤

ويناقش بأن المراد الجري على طريقهم في طلب الصواب لا تقليد مذهبهم.^٥ بالإضافة إلى عدم ثبوت سند هذا الحديث.

ومن قال بالحجة في قول الشيخين، احتج بقوله (ﷺ) ((اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر))، وجه الدلالة أن مفهومه يقتضي كون غيرهما ليس كذلك.^٦

ويناقش بما نوقش به حديث الراشدين.

وفي نظري أن الخلاف في الاحتجاج بقول الصحابي في مجال التشريع الإسلامي كأصل، خلاف لفظي، كأكثر الخلافات الأخرى وذلك لوجوه منها:

١. الكل متفقون على أن الشارع الحقيقي هو الله وحده وأن الرسول (ﷺ) يعتبر مشرعاً، لأنه كان لا ينطق عن هواه وإنما لوحي يوحى إليه، فلا حكم إلا لله.

^١ الأمدي ١٩٦/٣.

^٢ شمس الأصول مع طلعة الشمس ٦٤/٢.

^٣ السعد مع العضد وعناصر المنتهى ٢٨٨/٢.

^٤ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٦.

^٥ أصول السرخسي ١٠٨/٢.

^٦ شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٤.

٢. الكل متفقون على أن المصادر التبعية المتفق عليها منها والمختلف فيها، مصادر كاشفة لأحكام الله وليست منشئة لها.

٣. إن أنكار الغزالي رحمه الله - مثلاً - بحجية قول الصحابي مطلقاً، لا يعني أنه ينظر إلى أصحاب رسول الله بمنظار أقل درجة من المنظار الذي كان عند البدعي - مثلاً -، القائل بحجية قول الصحابي مطلقاً، فالكل متفقون على عدالة الصحابة وعلى مكانتهم الرفيعة إيماناً وتفكيراً واجتهاداً وثقة، وعلى منزلتهم الكريمة في العالم الإسلامي.

وينبغي على ذلك: أن من قال مذهب الصحابي حجة، أراد أن فيه احتمال الرواية عمن يتنزل عليه الوحي، فقد ظهر من عاداتهم أن من كان عنده نص، فربما روى وربما أفتى على موافقة النص مطلقاً من غير الرواية، وفي هذا احتمال السماع من صاحب الوحي فهو مقدم على محض الرأي.

وأن من قال إنه ليس بحجة، أراد أن الصحابي لا يعتبر مشرعاً، وأن عصر التشريع قد انتهى بوفاة الرسول (ﷺ)، وأن رأيه كراي أي يجتهد آخر قابل للخطأ والصواب، لأنه غير معصوم، فمجرد رأيه إذا لم يستند إلى كتاب أو سنة، لا يعتبر حجة مطلقاً، وإن كان مستنداً إلى أحدهما فالحجة في السند لا في الرأي.

المبحث الثاني

المسائل التطبيقية الخلافية المتفرعة

عن هذا الخلاف

وتفرع عن اختلاف الفقهاء في حجية قول الصحابي، الاختلاف في مسائل منها:

أ- اختلافهم في تحديد مدة الحيض^١:

فذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام وأكثر عشرة أيام^٢. وقال مالك ليس لأقل الحيض حد، ويجوز أن يكون ساعة. وفي رأي المالكية: إن أقله في العبادة دفعة، أي يجب عليها الغسل بالدفعة، وببطل صومها وتقضي ذلك اليوم، وأما في العدة والاستبراء فلا يُعد حيضاً إلا إذا أستمروا يوماً أو بعض يوم، وأكثره بمبتدأه نصف شهر كأقل الطهر^٣.

وقال الشافعي في موضع: أقله يوم وليلة، وفي موضع آخر: أقله يوم. ثم اختلف أصحابه في تفسير ذلك وعلى ثلاثة أقوال: فمنهم من قال هما قولان. ومنهم من قال هو يوم وليلة قولاً واحداً وقوله يوم أراد بليته، ومنهم من قال قولاً واحداً وإنما قال يوم وليلة قبل أن يثبت عنده اليوم فلما ثبت عنده اليوم رجع إليه، وأكثره خمسة عشر يوماً وغالبه ست أو سبع^٤.

وذهب الحنابلة إلى أن أقله يوم وليلة، قال في شرح الاقتناع، والمراد مقدار يوم وليلة (أربعة وعشرون ساعة)، فلو انقطع الدم لأقل منه فهو دم فساد، وأكثره خمسة عشر يوماً بلياليهن، وغالبه ست أو سبع من الأيام^٥. ويتفق رأي أبي ثور مع الحنابلة. وقال الشيعة الإمامية: أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام^٦، وبذلك يتفقون مع الحنفية. ويرى داود الظاهري أن أقله يوم بلا ليلة.

^١ إنما الخلاف في العدة دون العبادة إذ الكل متفقون على أن الحيض ولو للحظة يُفسد العبادة.

^٢ فتح القدير مع الهداية ١/١٦٠ فما بعدها.

^٣ بلغة السالك ١/٧٣-٧٤.

^٤ المذهب ١/٣٨.

^٥ نيل المأرب ١/١٩.

ويستخلص من ذلك: أن الأقوال في مدة الحيض أربعة:

الأول: أقلها ثلاثة أيام وأكثرها عشرة أيام وهو مذهب الحنفية والشيعة الإمامية ومن وافقهم.

الثاني: أن أقلها يوم وليلة وأكثرها خمسة عشر يوماً، وهو مذهب الحنابلة والشافعية على التفسيرين الأولين لقولي الشافعي ومن وافقهم.

الثالث: أن أقلها يوم واحد بلا ليلة، عند الظاهرية والشافعية على التفسير الثالث.

الرابع: أقلها لحظة بالنسبة للعبادة، يوم أو بعض يوم بالنسبة للعدة، وهو مذهب المالكية.

وسبب خلافهم: اختلافهم في أن ما يروى عن الصحابي إذا كان مما لا يدرك بالرأي هل هو حجة؟ لأن الصحابي لا يقول بمثل هذا، إلا إذا كان قد سمع فيه شيئاً عن رسول الله (ﷺ)، كما ذهب إليه الحنفية والشيعة الإمامية ومن وافقهم، أو أن مذهبه ليس حجة فيؤخذ بالرأي والقياس، كما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم؟

قال البزدوي:^١ وقد اتفق عمل أصحابنا بالتقليد (أي تقليد الصحابي) فيما لا يعقل بالقياس، فقد قالوا في أقل الحيض أنه ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام، ورووا ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص الثقفي.

وقال عبد العزيز البخاري: هو مروى عن عمر وعلي وأبن مسعود وعثمان بن أبي العاص الثقفي وأنس بن مالك.^٢

واستدل الشيعة الإمامية بقول الصحابي أيضاً. قال الطوسي: روى أحمد بن محمد بن أبي نصر: سألت أبا الحسن (علي بن أبي طالب) عن أدنى ما يكون من الحيض، فقال: أدناه ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام، وروى صفوان بن يحيى: سألت أبا الحسن عن أدنى ما يكون الحيض فقال: أدناه ثلاثة أيام وأبعده عشرة أيام.^٣

^١ الخلاف للطوسي ٧٣/١ فما بعدها.

^٢ أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٩٣٨/٣

^٣ الكشف مع البزدوي ٩٣٨/٣

^٤ الخلاف للطوسي ٧٤/١.

واستدل الشافعية ومن وافقهم بالرأي والقياس. قال أبو إسحاق الشيرازي^١: والدليل على ذلك أن المرجع في ذلك إلى الوجود، وقد ثبت الوجود في هذا القدر. قال الشافعي رحمه الله: رأيت امرأة ثبت لي عنها أنها لم تنزل الحيض يوماً ولا تزيد عليه. وقال الأوزاعي: عندنا امرأة تبيض غدوة وتطهر عشية. وقال عطاء: رأيت من النساء من تبيض يوماً وتبيض خمسة عشر يوماً. وقال أبو عبد الله الزيري: كان في النساء من تبيض يوماً وتبيض خمسة عشرة يوماً.^٢

وهكذا كان سبب خلافهم تعارض القياس مع قول الصحابي: فالحنفية والشيعة والإمامية ومن وافقهم أخذوا بقول الصحابي.

والشافعية والمالكية والأوزاعي والحنابلة ومن وافقهم أخذوا بقياس امرأة على أخرى حسب ما ثبت لديهم من عادات بعض النساء.

ب- اختلف في بيع العينة وهي: السلف وصورتها ما إذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.

ذهب الشافعي ومن تابعه إلى صحة العقد. وذهب أبو حنيفة ومن وافقه إلى فساد العقد الثاني.

وسبب خلافهم تعارض القياس مع قول الصحابي. فأخذ الشافعي ومن وافقه بالقياس فقال: لأن المالك في المبيع قد تم بالقبض للمشتري فيجوز بيعه من البائع بما شاء كالبيع من الغير وكالبيع بمثل الثمن منه.^٣

وأخذ أبو حنيفة ومن وافقه بقول الصحابي (عائشة)، وهو ما روت أم يونس أن امرأة جاءت إلى عائشة وقالت اني بعت من زيد بن أرقم خادماً (أو عبداً) بشماناة درهم إلى العطاء فاحتاج إلى ثمنه، فاشتريته منه قبل حل الأجل بستمائة، فقالت: بنسما شريت واشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله (ﷺ) ان لم يتب. فأتاها زيد بن أرقم معتذراً، فتلت قوله تعالى: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ

^١ المذهب ٣٨/١ فما بعدها

^٢ المذهب المرجع السابق.

^٣ تخريج الفروع للزيفاني ص ٨٣ كشف الأسرار مع اليزدوي ٩٣٨/٣

^٤ راجع الإجابة للزركشي تحقيق الاستاذ سعيد الأفغاني ص ١٥١ السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٠/٥-

مَوْعِظَةً مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ^١. وأخذ أبو حنيفة ومن وافقه بما روى عن عائشة وترك القياس، لأن القياس لما كان مخالفاً لقولها تعين جهة السماع فيه، والدليل عليه أنها جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد، وأجزئة الجرائم لا تعرف بالرأي، فعلم أن ذلك كالسموع من رسول الله (ﷺ)، واعتذار زيد إليها دليل على ذلك أيضاً، فإن بعضهم كان يخالف بعضاً ولا يعتذر إلى أصحابه.^٢

ج- وقال أبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر: (الأصل عند أصحابنا أن قول الصحابي مقدم على القياس إذا لم يخالفه أحد من نظرائه، لأنه لا يجوز أن يقال أنه قاله من طريق القياس، لأن القياس يخالفه ولا يجوز أن يقال أنه قال جزافاً فالظاهر أنه قاله سماعاً من رسول الله وعند الإمام القرشي أبي عبد الله الشافعي القياس مقدم لأنه لا يرى تقليد الصحابي ولا الأخذ برأيه).^٣

وفرح الدبوسي على هذا الخلاف الاختلاف في بعض المسائل الفقهية منها:

١. قال الدبوسي: قال أصحابنا، أي الحنفية: المضمضة والاستنشاق في الجنابة فرضان لما روى عن ابن عباس أنه لما سئل عن ترك المضمضة والاستنشاق وصلى، تمضمض واستنشق وأعاد الصلاة. وعند الشافعي أنهما سنتان وأخذ بالقياس.^٤
٢. وفي جواز بيع الخمر فيما بين أهل الذمة: قال الحنفية يجوزوه واحتجوا بقول عمر بن الخطاب (دعوا لهم يبيعهما وخذوا العشر من أثمانها) وعند الشافعي ومن وافقه: لا يجوز، أخذاً بالقياس على غير الذمي.^٥ وقال الدبوسي: وتكون الخمر مضمونة على متلفها: إذا كان المتلف عليه ذمياً عند أبي حنيفة ومن وافقه أخذاً بكلام عمر السابق. وعند الشافعي رحمه الله لا ضمان على متلفها ولو كان المتلف عليه ذمياً.^٦

^١ البقرة ٢٧٥

^٢ كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري مع البزدوي ٩٣٨/٣-٩٣٩ الهداية مع فتح القدير ٢٠٨/٥ تحرير

الفروع على الأصول للزنجاني ص ٨٣-٨٤.

^٣ تأسيس النظر ص ٧٥.

^٤ المرجع السابق ص ٧٦

^٥ المرجع السابق.

^٦ المرجع السابق.



الفصل السادس الاستصحاب وأثره في اختلاف الأحكام

ويتضمن مبحثين: الأول: في أنواعه وآراء العلماء في
الاحتجاج به.
والثاني: في التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة
عن الاختلاف في الاحتجاج به.



المبحث الأول

الاستصحاب وأنواعه والاحتجاج به

الاستصحاب لفظة مأخوذة من المصاحبة^١ وعند الأصوليين ثبوت أمر في الزمن بناء على ثبوته في الزمن الأول لفقدان ما يصلح للتغير^٢.
مثلاً: إذا اشترى شخص شيئاً بشرط خلوه من العيب ثم اختلفا في وجود العيب الموجب للرد عند البائع وعدم وجوده فالقول قول البائع لتسكه بالصفة الأصلية، وهي السلامة، وعلى المشتري الإثبات.

أنواعه: يتوزع الاستصحاب باعتبار الحكم السابق إلى ثلاثة أنواع:

١. استصحاب الحكم الأصلي للأشياء وهو الإباحة عند عدم الدليل على خلافه، والمقرر لدى الجمهور أن الحكم الثابت للأشياء النافعة للإنسان الإباحة والإذن، ما لم يرد عن الشارع فيها حكم معين، بدليل النصوص العامة القرآنية، منها: قوله تعالى ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾^٣ ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾^٤.
لأن تسخير الشيء للإنسان أو خلقه من أجله لا يعني إلا إباحته والإذن بالتصرف فيه. ومقتضى عموم هذه النصوص وغيرها -من هذا القبيل- هو أن كل ما يوجد في هذا الكون، سواء في المجال البري أو البحري أو الجوي، يعتبر مباحاً ومأذوناً فيه، ما لم يرد من الشرع ما يدل على منعه.

٢. استصحاب البراءة الأصلية: كالحكم ببراءة الذمة من التكليف والالتزامات، حتى يدل دليل على شغلها بشيء من ذلك، كنص أو عقد أو اتلاف.... فمن ادعى على آخر فالأصل براءة ذمة المدعي عليه، حتى يثبت المدعي خلاف ذلك.

وإذا اختلفا في قيمة المال المتلف أو مقداره، فالمعتبر في ذلك قول المتلف حتى يثبت خلافه، لأن الأصل براءة الذمة عن الزيادة، فإذا اشترى الوكيل أو العامل في القراض سلعة

^١ السين فيه للطلب على قاعدة أن الناظر يطلب الآن صحة ما مضى.

^٢ جمع الجوامع وشرحه مع حاشية البناني ٢١٧/٢ الأسنوي مع البدخشي ١٣١/٣.

^٣ المجاهية/١٣.

^٤ البقرة/٢٩.

على صفة معينة، وادعى الموكل أو أصحاب رأس المال أنه اشترط الثاني لهذا الشرط حتى يثبت خلاف ذلك، لأن الأصل عدم الشرط.

٣. استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه حتى يقوم الدليل على زواله.^١ كثبت الملك عند وجود السبب الذي يليه كالبيع والإرث، فيعتبر الملك قائماً سبباً طال الزمن حتى يقوم دليل على خلاف ذلك. وكثبت رابطة الزوجية فيحكم ببقائها حتى يقوم دليل الفرقة. وكثيقن الوضوء فلا يزول بالشك استصحاباً وهكذا.

وعد البعض كابن السبكي^٢ استصحاب الصوم أو النص إلى ورود المغير من شخص إن كان ظاهراً أو ناسخاً إن كان نصاً من الاستصحاب المتفق عليه، لأنه لم يخالف في ذلك إلا ابن سريج خالف في العمل بالعام قبل البحث عن المخصص.

ويرد بأن عد ذلك من الاستصحاب غير سليم، لأن ثبوت الحكم فيه إنما هو من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب.

الآراء في الاحتجاج بالاستصحاب:

لا خلاف فيما دل العقل والشرع في ثبوته ودوامه كالملك عند وجود المقتضى له، وشغل الذمة عند وجود موجب من إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح فهذا لا خلاف في وجود العمل به إلى أن يثبت معارض.^٣

لا خلاف في عدم الاحتجاج بالاستصحاب عند قيام دليل على خلافه من الكتاب والسنة أو الإجماع عند الكل أو القياس عند الجمهور، قال الخوارزمي في الكافي: وهو آخر مدار الفتوى فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم في الإجماع ثم في القياس، فإن لم يجد فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفسي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته.^٤

^١ شرح التنقيح الفصول ص ٤٤٧

^٢ جمع الجوامع المرجع السابق.

^٣ إرشاد الفحول ص ٢٣٨

^٤ المرجع السابق ص ٢٣٧

لا خلاف في استصحاب العدم الأصلي بدليل في الأحكام الشرعية كجاءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغييره، قال القاضي أبو طيِّب: وهذا حجة بالإجماع من القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع.^١

أما استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة، فإن عندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلى أنه يردّه الدليل السمعي، وهذا لا خلاف فيه بين أهل السنة من حيث أنه لا يجوز العمل به، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات، ولكن يعتبر عل الخلاف بين أهل السنة وبين المعتزلة ومن وافقهم.^٢

وإنما الخلاف فيما عدا هذه الصور المذكورة أعلاه على ثلاثة مذاهب:

الأول: حجة مطلقاً وهو مذهب الجمهور، وذهب إليه أكثر العلماء من المالكية،^٣ والشافعية،^٤ والحنابلة،^٥ والظاهرية،^٦ والشيعة الامامية،^٧ والزيدية.^٨

والثاني: لا يكون حجة مطلقاً وهو مذهب المتكلمين ومنهم أبو الحسين البصري.^٩

الثالث: التفصيل:

ذهب أكثر المتأخرين من الحنفية إلى أنه حجة للدفع لا للرفع وتوضيح ذلك ان الحال الثابتة بالاستصحاب حجة لدفع ما يخالفها حتى يقوم الدليل على هذا المخالف وليست حجة على إثبات مدعى لم يقم عليه دليل يشته، فالمفقود حين غاب كانت حياته ثابتة والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره، فالأصل أن يظل بقاؤه حياً حتى تثبت وفاته بدليل حقيقي أو بحكم القضاء بموته، فإذا طلب ورثته قسمة تركته بينهم، يُدفع طلبهم بأن حياته ثابتة استصحاباً، وكذلك إذا طلبت زوجته أن تُطلق منه أو إذا طلب أحد فسخ إجارته، فاستصحاب حياته حجة لدفع ما يدعى

^١ المرجع السابق ص ٢٣٧

^٢ المرجع السابق.

^٣ شرح تنقيح الفصول للقرافي المالكي ص ٤٤٧

^٤ الأسنوي مع البدخشي والبيضاوي ١٣١/٣

^٥ الكوكب المنير ص ٣٨٢

^٦ الشوكاني ص ٢٣٧

^٧ الأصول العامة محمد تقي الحكيم ص ٤٤٧ فما بعدها.

^٨ إرشاد الفحول المرجع السابق.

^٩ المرجع السابق.

عليه.

ولكن إذا مات شخص يرثه المفقود وطلب القيم على المفقود وإرثه من مورثه مستنداً إلى أن المفقود يعتبر حياً بالاستصحاب، فلا يحتاج بهذا السند ولا يرث المفقود منه حالاً، وإنما يحتفظ بنصيبه أمانة حتى تتجلى حال المفقود حقيقة.^١ غير أن الحنفية احتجوا بالاستصحاب وبالقواعد المتفرعة عليه في كثير من تطبيقاتهم دون تفريق بين الدفع والرفع كما سيأتي في التطبيقات.

^١ مصادر التشريع فيما لا نص فيه للأستاذ خلاف، ص ١٣٢.

المبحث الثاني

المسائل التطبيقية الخلافية

اختلف الفقهاء في مسائل الفقهية لاختلافهم في الاحتجاج بهذا الأصل منها:

١- الاختلاف في وقت نهاية وبداية العصر:

ذهب أبو حنيفة ومن وافقه إلى أنه لا يحكم بخروج وقت الظهر ما لم يصبح ظل كل شيء مثليه.

وذهب أبو يوسف وعمر والشافعي ومن وافقهم إلى أنه يحكم بخروج وقت الظهر ودخول وقت العصر إذا صار ظل كل شيء مثله، أي بعد ظل الزوال كما ذهب إلى ذلك المالكية أيضاً.^١

وسبب خلافهم الاختلاف في الاحتجاج بالاستصحاب.

فتمسك أبو حنيفة بالاستصحاب فقال: قد عرفنا كون الوقت مستحقاً للظهر وشككنا في خروج وقته ودخول وقت العصر، فلا يحكم إلا بيقين ولا يقين إلا بعد صيرورة ظل كل شيء مثليه.^٢

وتمسك الشافعية ومن وافقهم بالنص فعملوا به وتركوا الاستصحاب. قال أبو إسحاق الشيرازي: أول وقت الظهر إذا زالت الشمس وآخره إذا صار ظل كل شيء مثله غير الظل الذي يكون للشخص عند الزوال. لما روى ابن عباس (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قال: (أمني جبريل عليه السلام عند باب البيت مرتين فصلى بي الظهر في المرة الأولى حين زالت الشمس والفيء مثل الشراك)^٣ ثم صلى بي المرة الأخيرة حين كان ظل كل شيء مثله.^٤ ولعل هذا النص لم يثبت لدى أبي حنيفة، لأنه لا يحتج بالاستصحاب عند وجود النص وبصورة خاصة فيما لا مجال للرأي فيه.^٥

^١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٦/١-١٧٧

^٢ تأسيس النظر للدبوسي ص ١٠

^٣ هو أحد سيور النعل التي تكون على وجهها.

^٤ سنن أبي داود ٩٣/١ مطبعة حلي. سنن النسائي ١٩٧/١.

^٥ راجع مختصر المقنع ص ٩.

٢- التيميم لفقدان الماء إذا رأى للماء في أثناء صلاته اختلف الفقهاء في بطلان صلاته:

عند الشافعي ومن وافقه رحمه الله لا تبطل صلاته، لأن الإجماع قد انعقد على صلاته حالة الشروع، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه، إلا أن يقوم دليل الانقطاع وتبطل عند الخنثية والمناقلة ومن وافقهم، ولا اعتبار بالإجماع على صحة صلاته قبل رؤيته الماء، لأن الإجماع انعقد حالة العدم، لا حالة الوجود، ومن أراد إلحاق العدم بالوجود فعليه الدليل.

قال الزنجاني: إن هذه المسألة الخلافية تفرعت عن أن استصحاب الحال في الإجماع المتقدم بعد وقوع الخلاف حجة عند الشافعي، واحتج في ذلك بأن الإجماع يحسم الخلاف. وقال أبو حنيفة لا حجة فيه، واحتج في ذلك بأن موضع الخلاف غير موقع الوفاق لاستحالة أن يختلف في الموضع الذي اتفقوا عليه، فلا يكون الإجماع حجة في الموضع الذي لا إجماع فيه.^١

ويبدو لي أن الراجح هو القول بإكمال الصلاة عملاً بالاستمرارية في العبادة ثم إعادتها احتياطاً، وفي ذلك جمع بين الأدلة وحسم للخلاف.

٣- من طلق زوجته وله منها ولد، وبعد انقضاء العدة تزوجت بآخر، فحملت منه، ثم وضعت صبياً— أي قبل الولادة—:

قال أبو حنيفة والشافعي الرضاع من الزوج الأول لأن اللبن كان منه يبين فلا يحكم بانقطاعه إلا يبين مثله ولا يقين هنا إلا بعد ولادتها من الثاني. ويتفق معهم أبو يوسف إن لم يزد اللبن من الحمل، وقال إن زاد فهو من الثاني، ويحكم بقطعه من الأول.

وعند محمد يكون منهما جميعاً.^٢

ويتفرع على هذا الخلاف الاختلاف في سريان التحريم بالرضاع إلى أصول وفروع الزوج الأول أو الثاني ومع أصول وفروع الرضيع. وسبب الخلاف كما يبدو من استدلالهم هو الخلاف في الاحتجاج بالاستصحاب وبحال العمل به.

^١ تفريغ الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١.

^٢ تأسيس النظر ص ١٠.

٤- إذا قال الولي لرجل زوجتك موليتي على ألف دينار أو ألفين، فقال قبلت، وكان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة دينار.

قال أبو حنيفة لها مثل المثل (١٥٠٠) دينار.

وقال الصحابان والشافعي: الزوج مخير في أن يعطيها أي المبلغين شاء.^١

وسبب خلافهم هو الاختلاف في الاحتجاج بالاستصحاب: فتمسك به أبو حنيفة دونهم فقال: أن العقد يوجب مهر المثل من طريق الإحاطة واليقين فلا يحط من ذلك إلا بيقين مثله ولا يقين هنا لأن كلمة (أو) للشك أو للتخيير من له الخيار وهو مجهول.^٢

٥- من قال لزوجته أنت طالق إذا لم أطلقك، أو إذا لم أطلقك فأنت طالق، ولم يكن له نية:

اختلف الفقهاء في وقت وقوع هذا الطلاق.

قال أبو حنيفة يقع الطلاق في آخر جزء من أجزاء الحياة بلا فصل.

وقال الصحابان والشافعي يقع الطلاق في الحال.

وسبب الخلاف في اختلافهم في العمل بالاستصحاب: فأخذ به أبو حنيفة دونهم فقال: إن (إذا) يحتمل أن يكون للشرط ويحتمل أن يكون للوقت احتمالاً على السواء وقد تيقنا بقاء رابطة الزوجية ووقع الشك في زوالها في الحال فلا يحكم بهذا الزوال إلا بيقين مثل يقين البقاء.^٣

وقال الشافعي والصابان: أن (ذا) للوقت - أي يقينا - فلا مجال للعمل بالاستصحاب.

٥- إذا قالت الزوجة لزوجها طلقني ولك ألف دينار، فقال طَلَّقْتُكِ، فسكتت ولم تقل علي الألف التي ذكرتها:

قال أبو حنيفة يقع الطلاق بلا عوض فلا يلزمها الألف.

وقال الشافعي والصابان يستحق المبلغ ويلزمها الدفع.^٤

^١ المرجع السابق ص ١٠

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

^٤ تأسيس النظر ص ١١

وسبب الخلاف اختلافهم في الاحتجاج بالاستصحاب: قال أبو حنيفة أن مملوكة الألف لها متيقنة وزوالها عن ملكها مشكوك فيها، فلا يُحكم به إلا ييقن ولا يقين.

الشفعة: إذا كان في يد رجل دار وهي معروفة بأنها ملكه لوضع يده عليها مدة طويلة، ثم بيعت دار بجوارها، أو كان لرجل شركة مع آخر في عقار، ثم باع شريكه حصته، فطلب صاحب الدار أو الشريك المبيع بالشفعة، فأنكر المشتري على الطالب ملكيته للدار، أو شركته في العقار الذي بيع منه جزؤه:

قال أبو حنيفة وعمد لا يقضى له بالشفعة حتى يقيم البيّنة على المشتري بأنه مالك أو شريك، لأن ما يدعيه الشفيع من سبب ثابت بحكم استصحاب الحال، وهو لا يصلح حجة للإثبات والإلزام، فوجب لإلزام المشتري إقامة البيّنة عليه.

وذهب زفر في المسألتين إلى أن القول قول الشفيع، فلا يُكلف بإقامة البيّنة، وهو قول الشافعي في المسألة الثانية.

واستدل زفر بأن الملك ثابت للشفيع، فيبقى ثابتاً مستصحباً إلى أن يثبت ما يستوجب زواله، وهذا بناء على أن استصحاب الحكم كما يصلح للدفع يصلح للإثبات.^١

٦- الإقرار: إذا أقر شخص لآخر بأن له عليه من دينار إلى عشرة.

فعند أبي حنيفة لا يلزمه إلا تسعة، لأن العاشر مملوك للمقر يقيناً، وزواله مشكوك فيه، لأن ما بعد (إلى) يحتمل أن يدخل في حكم ما قبلها ويحتمل ألا يدخل.

وعند الصاحبين والشافعي يلزمه عشرة لدخول الغائتين لمدخل من وإلى.^٢

وعند زفر يلزمه ثمانية لعدم دخول الغائتين في الكلام.

وهذا الخلاف أيضاً مبني على الاختلاف في الاحتجاج بالاستصحاب.

^١ البداية ١٤/٣.

^٢ تأسيس النظر المرجع السابق.



الفصل السابع الاحتجاج بسد الذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء

ويتضمن مبحثين
الأول في أقسام سد الذرائع والآراء في الاحتجاج به
والثاني في التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن
الخلاف فيه.



المبحث الأول سد الذرائع والاحتجاج به

سبق أن بيّنا تعريف الذرائع بأنها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة عند الشاطبي^١، أو وسيلة وطريقة إلى شيء عند ابن القيم^٢. والفرق بين التعريفين أن الأول يقتصر على الذرائع سداً والثاني يشملها سداً وفتحاً، والذي يهمنا هنا هو الأول. والتعريف الذي اختاره: هو أنها وسيلة مباحة يتوصل بها إلى ممنوع مشتمل على مفسدة.

أقسام الذريعة:

نستعرض تقسيمين، أحدهما التقسيم الثلاثي للفقهاء المالكي القرافي، والثاني الرباعي للفقهاء الحنبلي ابن القيم. ثم نقارن بينهما ونختار التقسيم المفضل.

تقسيم القرافي:

قال القرافي: أجمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام:

أحدهم معتبر إجماعاً كحفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم.

وثانيها: ملغي إجماعاً كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الحمر، والشركة في سكنى الدار فإنها لا تمنع خشية الزنى.

وثالثها: يختلف فيه كبسوع الآجال اعتبرناها نحن الذريعة وخالفنا غيرها.

تقسيم ابن القيم:

قسّم ابن القيم الذرائع باعتبار نتائجها إلى أربعة أقسام:

^١ الموقفات ١٩/٤

^٢ إعلام الموقعين ١٤٧/٣

١- وسيلة موضوعة للإفضاء إلى مفسدة قطعاً كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر من إضاعة العقل، والقتل المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنى إلى اختلاط الأنساب وإفساد الفراش.

٢- وسيلة موضوعة للمباح يقصد بها التوصل إلى مفسدة كمن يعقد الزواج قاصداً به التحليل أو يقصد البيع قاصداً به الربا أو يخالف قاصداً به الحنث.

٣- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها كتزوين المرأة المتوفى عنها زوجها.^١

٤- وسيلة تفضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها كالنظر إلى المخطوبة أو المشهود عليها للتعرف.^٢

ويرى ابن القيم أن القسم الأول والرابع: ليسا محل النزاع، ذلك لأن الشارع جاء بمنع الأول وإباحة الرابع:.

المقارنة بين التقسيمين:

* أوجه الشبه بينهما:

١. يتفق التقسيمات في تحديد محل الخلاف للعلماء في سد الذرائع.
٢. ويتفقان في أن مدار التقسيم هو الإفضاء إلى المفسدة، لكن هذه المفسدة قد تكون من مصلحة راجحة أو مرجوحة، فاعتبر ابن القيم هذا التفصيل بنظر الاعتبار، فجاء تقسيمه رباعياً، بينما لم يدخل القراني في مثل هذا التفصيل، لأن المال واحد، فقسّم ممنوع بالاتفاق وقسّم جائز بالاتفاق، والباقي مختلف فيه، سواء اعتبرناه قسماً واحداً أو أكثر، بل إذا أخذنا بالتفصيل فالتقسيم يكون خماسياً، لأن المفسدة قد تكون مع المصلحة متساويتين.

* أوجه الخلاف:

١. تقسيم ابن القيم أوضح في بيان المقصود، فإنه نصّ فيه على الوسيلة والنتيجة، بخلاف القراني حيث اكتفى فيه بذكر الأمثلة وبيان ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه.

^١ أي خلال فترة العدة.

^٢ اعلام الموقعين ١٣٦/٣

٢. الوسيلة في أقسام الذريعة مباحة في حد ذاتها في تقسيم القراني، بخلاف تقسيم ابن القيم فإن الوسيلة في القسم الأول منه محرمة في ذاتها.

٣. في تقسيم ابن القيم خلط بين الوسائل والمقاصد بخلاف تقسيم القراني، ووجه الخلط أن ابن القيم اعتبر شرب الخمر والقذف والزنى من الوسائل، مع أنها مقاصد، لأنها مفسدة في ذاتها، فهي محرمة وإن لم تنفض إلى نتائجها، فالزنى مُحرم وإن لم تؤد إلى اختلاط الأنساب، وشرب الخمر مُحرم وإن لم يسكر بالنسبة لبعض الأشخاص.

ومن هذا المنطلق نرى أن التقسيمين معيبان كل من وجه: فتقسيم القراني ناقص لإجماله. وتقسيم ابن القيم معيب من وجهين:

الأول: المفروض في سد الذرائع أن الوسيلة مباحة في حد ذاتها ولكن يتوصل بها إلى مفسدة، فابن القيم أهمل هذا الاعتبار.

الثاني: الخلط بين الوسائل والمقاصد كما قلنا.

وبناء على ذلك فإن التقسيم المفضل الذي فختاره هو ما ذهب إليه الشاطبي من أن الذرائع تقسم بحسب مآلها إلى الأقسام الأربعة الآتية:

١. ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث يقع الداخل فيه ولا بد، وما أشبه ذلك.

٢. ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالباً إلى الوقوع فيه، وبيع الأغذية التي غالبها لا يضر أحداً.

٣. أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً، بحيث يغلب على الظن الراجح أن يؤدي إليها، كبيع السلاح وقت الفتنة، وبيع العنب للخمر وهو ذلك، مما يقع في غالب الظن لا على سبيل القطع، أداؤه إلى المفسدة.

٤. أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ولكن كثرته لم تبلغ أن تحصل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً كمسائل البيوع الربوية.

وهذا التقسيم خال عما كان في الأولين من النقص والعيب، ولهذا فختاره ونستبعد القسم الأول والثاني من البحث، لأنهما ليسا محل الخلاف.

أما القسمان الأخيران فهما محل تطبيق سد الذرائع، غير أن المعيار السائد في القسم الأول منهما ذاتي يستند إلى قصد الفاعل، وفي القسم الأخير موضوعي لا يحفل بقصده.

آراء العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع:

تبين لنا من التقسيمات السابقة أنه لا خلاف فيما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً أو نادراً، فالأول يسد بالاتفاق والثاني يطلق بالإجماع. وإنما الخلاف فيما عدا هاتين الصورتين، واختلفت الآراء في ذلك - في ضوء ما وقفت عليه - على ثلاثة مذاهب:

الأول - أنها غير حجة وهو مذهب الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية ومن وافقهم. قال الباجي: ذهب مالك إلى المنع من الذرائع فقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز منعها.^١

الثاني - مذهب ابن القيم والقرافي، يفهم من كلام القرافي وابن القيم أن سد الذرائع عندهم من باب المقدمة أي إن حكم المسائل حكم ما أفضت إليه من وجوب أو غيره، حيث يقول القرافي: "موارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحریم وتخليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة".^٢

ويقول ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها"^٣، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصودان لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرّمها ويمنع منها تحقيقاً لتحرّمه وتثبيتاً له ومنعاً من أن يقرب حواه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية، لكان ذلك نقضاً للتحرّم وإغراءً للنفوس به، وحكمته وعلمه يأبى ذلك كل الإباء. والظاهر أن هذا هو مذهب الشيعة الإمامية أيضاً.^٤

^١ إرشاد الفحول ص ٢٤٦

^٢ الفروق للقرافي ٢/٢٣.

^٣ إعلام الموقعين ٣/١٣٥ فما بعدها.

^٤ راجع أصول العامة محمد تقي الحكيم ص ٤١٠.

الثالث: أنها حجة وأصل من أصول التشريع الإسلامي وتبنى عليها الفروع وطريقة من طرق استنباط الأحكام وإليه ذهب الإمام مالك ومن وافقه من أصحابه ويليهم في الأخذ بها الإمام أحمد ومن وافقه من أصحابه.

قال القرافي: "وربما عبر عن الوسائل بالذرائع وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللفظ المشهور في مذهبنا، ولذلك يقولون: سد الذرائع، ومعناه حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة، منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور، وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك، كما يتوهمه كثير من المالكية... إلى آخره".^١

وجاء في مختصر التحرير^٢ من أصول الفقه الحنبلي: معنى سد الذرائع المنع من فعلها لتحريره، وأباحه الشافعي، والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو أن يظهر عقداً مباحاً مريداً به محرماً مخادعة وتوصلاً إلى فعل ما حرّم الله، واستباحة عظوماته أو إسقاط واجب أو دفع حق أو نحو ذلك.

وعمل الشوكاني إلى مذهبي مالك وأحمد، استناداً إلى الحديث ((ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام)).^٣

والراجع من وجهة نظري: أن العمل بسد الذرائع لا يخرج عن دائرة العمل بالمصالح لأن المصلحة تتكون من عنصرين: عنصر إيجابي وهو جلب المنفعة، وعنصر سلبي وهو دفع المفسدة، فسد الذرائع يدخل في نطاق الشق الثاني فلا مبرر لاعتباره مصدراً مستقلاً من مصادر التشريع الإسلامي عند الأمام مالك ومن وافقه هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن أبعاد القصد في تصرفات الناس عن الأخذ بنظر الاعتبار - كما هو رأي الشافعي ومن وافقه - يفتح باب الحيل أمام بعض الناس يصلون بها إلى نتائج قد حرّمها الشارع وعدها من المقاصد الفاسدة بالذات.

^١ الفروق للقرافي ٣٢/٢

^٢ ص ٣٨٨

^٣ عن نعمان بن بشير (رضي الله عنه) قال سمعت رسول الله (ﷺ) يقول ((إِنَّ الْحَلَالَ بَيْنَ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيْنَ وَيَنْتَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحْرَمَهُ، أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ))، صحيح مسلم ١٢٢٠/٣

المبحث الثاني

نموذج من التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة عن الخلاف في الاحتجاج بسد الذرائع

١/ اختلف الفقهاء في صحة الزواج بقصد التحليل على ثلاثة أقوال:

الأول: يصح مطلقاً سواء ذكر الشرط في صلب العقد وقصد به التحليل أم لا، وإليه ذهب جمهور الحنفية قالوا: إذا اشترط التحليل عليها ولو في صلب العقد صح العقد ويحلها للأول على أساس أن العقد صحيح والشرط لغو.^١

الثاني: يبطل مطلقاً وإليه ذهب المالكية والحنابلة ومن وافقهم.

جاء في الشرح الصغير: (ولا تحل المبترقة - المطلقة ثلاثاً - للزوج الأول بنكاح فاسد كحلل، وهو من تزوجها بقصد تحليلها لغيره إذا نوى مفارقتها بعد وطنها، أو لا نية له، بل وإن نوى الإمساك إن أعجبه فلا يحلها وهو نكاح فاسد أبداً على كل حال ويفسخ).^٢

وقال المالكي بالفسخ لا على أساس صحة العقد بل على أساس أنه من المسائل الخلافية بين الفقهاء قالوا بالفسخ رعاية لذلك وإلا فالفساد والباطل مترادفان عند المالكية.

وفي نيل المأرب: (إذا تزوج المطلقة ثلاثاً بشرط إذا أحلها طلقها، أو إذا أحلها فلا نكاح بينهما، فالعقد باطل عند عامة أهل العلم، وإذا نوى الزوج التحليل بقلبه ولم يذكره في العقد، فالنكاح باطل أيضاً على الأصح).^٣

الثالث: التفصيل: قال الشافعية ومن وافقهم لا تأثير للمقاصد بل للشرط فقط.

فإن ذكر في صلب العقد فالعقد فاسد وإن ذكر قبل العقد فلا يضر، قال أبو إسحق الشيرازي "لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد".^٤

^١ فتح القدير ٢٤٨/٣

^٢ الشرح الصغير مع بلغة السالك في فقه الإمام مالك ٣٧٥/١

^٣ نيل المأرب في الفقه الحنبلي ٦٦/٢-٦٧

^٤ المهذب في الفقه الشافعي ٤٦/٢-٤٧

وسبب الخلاف اختلافهم في الاحتجاج بسد الذرائع واعتبار القصد في العقد وعدم اعتباره.

والراجع هو ماذهب إليه المالكية والحنابلة في مسألة التحليل وذلك لأن حكمه الله في تشريع عدم جواز المطلقة ثلاثاً للأول - حتى تنكح زوجاً غيره - لا تتحقق في صورة التحليل كما لا يخفى ذلك على من أدرك تلك الحكمة الإلهية، ثم إنه زواج مؤقت، والكل متفقون على بطلان الزواج المؤقت كالمتمعة.

٧/ اختلفوا في بيع العنب من يعصر الحمر والتمر من يعمل النبيذ وبيع السلاح في فتنته... وهو ذلك.

ذهب الشافعية ومن وافقهم إلى أن أصل الفعل مكروه ولكن العقد صحيح. قال أبو اسحاق الشيباني (ويكره بيع العنب من يعصر الحمر والتمر من يعمل النبيذ، وبيع السلاح من يصفي الله تعالى به، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية).^١ والمالكية قولان: أحدهما كالشافعية والثاني يفسخ العقد قال الصاري على الشرح الصغير (ومثل بيع المصحف لكافر كل شيء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز، وعدم الفسخ هو المشهور كما قال المازري وهو مذهب المدونة، ومقابلته أنه يفسخ إذا كان المبيع قائماً ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك).^٢

وعند الحنابلة كما جاء في دليل الطالب وشرحه نيل المأرب: "لا يصح بيع العنب أو العصر لمتخذه خمرأً ولا مأكول ومشروب ومشوم وقدر لمن يشرب عليه أو به مسكراً، ولا يصح بيع البيض والجوز ونحوهما للتمار، ولا يصح بيع السلاح ونحوه كالتيس والدروع في الفتنة أو لأهل الحرب أو قطاع الطريق إذا علم البائع ذلك في مشتريه".^٣

^١ المهذب ٢٩٧/١

^٢ بلغة السالك ٥/٢ لكن قال ابن رشد: والخلاف مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري كافر أما إذا ظن أنه مسلم فلا يفسخ بلا خلاف.

^٣ نيل المأرب شرح دليل الطالب ١٢٢/١

٣- اختلفوا في البيع الذي فيه التحايل ويفضي إلى الربا، كأن يبيع رجل سلعته بثمن مرفوع إلى أجل معلوم، ثم يشتريها من المشتري على الفور تقدماً حالاً بثمن أقل من الثمن الذي باع به السلعة أول الأمر.

فذهب إلى صحته الشافعي ومن وافقه. وقال بطلانه مالك ومن وافقه وسبب الخلاف الاختلاف في الاحتجاج بسد الذرائع. وقد سبقت هذه المسألة في موضوع الاحتجاج بقول الصحابي.

قال القرافي: "وقسم من سد الذرائع - اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيعوع الأجل عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك، والشافعي يقول يُنظر إلى صورة البيع ويُحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك".^١

٤- في القضاء والمرافعات:

قال القرافي: كذلك اختلفوا - أي بسبب الاختلاف في سد الذرائع - في "الحكم بالعلم هل يجرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاء السوء أو لا يجرم؟

^١ الفرق للقرافي ٣٢/٢ فما بعدها.



الفصل الثامن العرف وأثره في اختلاف الفقهاء

ويتضمن مبحثين:
الأول في أقسامه واعتباره.
والثاني في التطبيقات الفقهية الخلافية المتفرعة
عن الخلاف فيه.



المبحث الأول

أقسام العرف واعتباره

العرف وأقسامه:

سبق تعريفه بأنه ما يتعارفه الناس ويسمونه عليه غالباً من قول أو فعل.^١
وينقسم ثلاثة تقسيمات فالأول باعتبار مظهره، والثاني باعتبار مصدره والثالث باعتبار مشروعيته.

فهو باعتبار مظهره ينقسم إلى قولي وفعل:

١. العرف القولي: أن يكون عادة أهل العرف استعمال اللفظ في معنى معين ولم يكن ذلك لغة.^٢ كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ اللحم على غير لحم السمك.

٢. العرف العملي: هو جرى الناس على منهج معين في معاملاتهم وأحوالهم الشخصية سواء كان ذلك عاماً كدخول الحمام من غير تعيين الزمن وكمية المياه المستهلكة ومقدار الأجرة، أو خاصاً ببلد كالتعارف على أن الزوجة لاتزف إلى زوجها إلا بعد أن تنقبض جزءاً من مهرها.

وباعتبار مصدره ينقسم إلى عام وخاص وشرعي.^٣

١. العرف العام: ما تعارفه الناس على مختلف فئاتهم ومهنتهم في جميع أرجاء البلاد كتعارفهم على الاستصناع.

^١ أنظر مصادر التشريع الإسلامي الأستاذ خلاف وذهب البعض إلى أن النسبة بين العرف والعادة العموم والخصوص المطلق لكن اختلفوا فمنهم من قال العادة أعم، ومنهم من قال العرف أعم، والظاهر من كلام الشرعيين أن العرف والعادة مترادفان. راجع شرح التحرير لابن أمير الحاج ٢٨٢/١.

^٢ شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٢١١

^٣ وبعض العلماء يعتبر العرف الشرعي من الخاص ولكن الأولى في نظري إفراذه عن العام والخاص، لأنه عرف الشارع، فلا يوصف بالعموم والخصوص المعبرين لدى الناس.

٢. **العرف الخاص:** ما تعارفه أهل البلد دون بلد أو أصحاب حرفة دون أخرى كتشبيث الديون من التجار على عملاتهم عن طريق السجلات دون حاجة إلى شهادة.
٣. **الشرعي:** هو اللفظ الذي استعمله الشارع مريداً منه معنى خاصاً مثل المنقولات الشرعية كالصلاة نقلت من الدعاء إلى العبادة المخصوصة والصيام من مطلق الإمساك إلى إمساك خاص والحج من القصد إلى نسله خاص...
- وباعتبار المشروعية ينقسم إلى صحيح وفاسد:
١. **العرف الصحيح:** ما لا يعارض دليلاً شرعياً كتعارف الناس على دخول الحمام دون تعيين المدة وكمية المياه المستهلكة.
٢. **العرف الفاسد:** ما يعارض الأحكام الشرعية وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على التعامل بالربا، وتعاطي القمار وكشف بعض العورة.

شروط اعتبار العرف:

- لا يكون العرف معتبراً إلا بعد توافر الشروط وهي إن لم يصرح بجميعها العلماء إلا أنها تستفاد من عباراتهم وتطبيقاتهم، إما صراحة أو استنباطاً، وأهمها ما يلي:
- ١- أن يكون العرف مطرداً أو غالباً. قال ابن نجيم: (تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت).^١
 - وقال السيوطي (إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا).^٢
 - ومعنى الاطراد أن يتكرر العمل به بصورة منظمة. والغلبة والاطراد يعتبران بالنسبة إلى أهل العرف من البلاد أو الطوائف دون الشهرة في كتب الفقه.
 - قال صاحب تهذيب الفروق: أن المفتي يجب ألا ينظر إلى العرف السابق الثابت في كتب الفقه بل عليه أن يفتي في ضوء العرف السائد في بلد المستفتي.^٣
 - ٢- أن يكون العرف عاماً في جميع بلاد الإسلام.
 - وخالف هذا الشرط مشايخ بلخ ومخاري وخوارزم وأبو الليث وأبو علي النسفي... وأفتوا باعتبار العرف الخاص دليلاً وتخصصاً ولذلك قالوا يجوز كثير من المعاملات

^١ أنظر الأشياء والنظائر على مذهب أبي حنيفة لابن نجيم ص ٤٧.

^٢ الأشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي للسيوطي ص ١٠١.

^٣ راجع تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية هامش الفروق للقرافي ٤٣/١.

بناء على العرف المحلي كاستئجار الحائك في الغزل ببعض ما يخرج من عمله مع نهى الرسول (ﷺ) عن قفيز الطحان.^١

ويبدو لي أن الخلاف لفظي: فمن اشترط العموم في العرف أراد ذلك بالنسبة إلى الأحكام العامة التي تبنى على العرف، ومن لم يشترطه نظر إلى الأحكام الخاصة التي تبنى على الأعراف المحلية.

٣- ألا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع، فلو خالفها بطل اعتباره كتعارف الناس شرب الخمر، ولعب القمار، وإضاءة الشموع على المقابر، وكشف العورة.... وعن أبي يوسف أنه خالف هذا الشرط إذا كان النص الشرعي مبنياً على العرف واحتج على أبي حنيفة ومحمد حيث قالوا: إن ما نص رسول الله (ﷺ) على أنه مكيل أو موزون فهو كذلك. فقال: إنما نص الشارع على ذلك رعاية للعرف الذي كان جارياً فإذا تغيرت هذه العادة فأصبح البر والتمر موزونين تغير المعيار إلى الوزن وصحت المساواة بهذا الوزن.^٢

٤- أن يكون العرف قائماً عند نشوء التصرف المراد تحكيمه فيه بأن يكون حدوثه سابقاً عليه ثم يستمر إلى زمانه سواء كان التصرف قولياً أو فعلياً. فخرج بهذا العرف الطارئ على التصرف والحادث بعده، وإن قارن العمل بمقتضاه، وكذلك العرف السابق الذي طرأ عليه تغير قبل انشاء التصرف، ولا يضر التغير بعد الحكم بموجبه.

قال ابن نجيم: (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ).^٣

ويلاحظ على ابن نجيم أنه خص الشرط بالعرف القولي مع أنه يجري في العرف العملي أيضاً على حد سواء كالبيع بالمعاطاة ودخول الحمام....

وفي ضوء هذا الشرط يجب أن تفسر حجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزواج وما يرد فيها من شروط واصطلاحات في ضوء عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم لا على عرف حادث.^١

^١ انظر العرف والعادة لابن سنة ص ٥٨

^٢ راجع المرجع السابق.

^٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق.

٥- أن يكون العرف ملزماً أي بسبب تكرره المنتظم بحيث يصل درجة يعتبه أهله ملزمين بالسير على منهجه ويرون الخروج عليه مذموماً.

قال اللخمي: الشأن فيما يهديه الصديق أو الجار في العرس والولائم الشواب إلا أنهم يختلفون في ذلك فإن ثبت أن مثله يطلب الشواب فله ذلك ولورثته، وهو يروي عن أهل إقليمه أنهم اعتادوا العوض عن تلك الهدايا، ولكن لا يكتفي بهذا العرف في القضاء به، لأنه لم تتوفر فيه صفة الإلزام.^٦

٦- ألا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه: كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري واتفقا على أن تكون على البائع.

قال ابن عبد السلام في القواعد: (كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، صحّ، وكذلك في القرينة العرفية بأن أقامت المرأة عند التنازع في الجهاز بينة على ما هو من خصائص النساء فإنه يقضي بها وتقدم على العرف، لأن البيّنات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات).^٧ ومدرّك هذا الشرط أن دلالة العرف اضعف من دلالة اللفظ، فيترجح دلالة اللفظ عند المعارضة.

أهمية العرف:

إن هذا المصدر - بخلاف بقية المصادر التبعية الأخرى - كاد الفقهاء أن يتفقوا على العمل بموجبه في تطبيقاتهم الفقهية وإن نفاه بعضهم نظرياً أو أرجعه إلى مصدر آخر أو خالف في مجال العمل به، ويُعزى ذلك إلى أسباب، أهمها ما يلي:

١. سلطان العرف في كل عصر: فإن مجموعة المصطلحات والتقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذها منهاجاً للسير عليها، لها في نفوس الأفراد احترام ولها عليهم السلطان القوي، بحيث يعدونها من ضروريات الحياة لا يستغني عنها، ويرون الخروج

^٦ العرف والعادة ص ٦٥.

^٧ راجع العرف والعادة المرجع السابق ص ٦٦.

^٨ القواعد لابن عبد السلام ١٧٨/٢

- عليها إنما يستجلب الاستياء العام. ومن هنا قالوا: (العادة طبيعة ثانية). يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة أي: ما فطر الناس عليه.
- وقال الفقهاء: في تحويل الناس من عاداتهم حرج عظيم، ويعنون ما لها من القوة.^١
٢. ولأن القرآن الكريم أقرّ بعض العادات والتقاليد السائدة قبل الإسلام التي لا تتعارض مع روح الشريعة الإسلامية، ومن ذلك وجوب الدية على العاقلة.
٣. ولأن الرسول (ﷺ) لما هاجر إلى المدينة أقرّ بعض العادات والأعراف السائدة منها: بيع السلم والعرايا فرخص فيهما عندما رأى أنهما من البيوع التي لا يستغنى عنها المتعاملون في المدينة مع أنهما يتعارضان مع نهية (ﷺ) عن بيع المصنوم وبيع الشيء بيمينه متفاضلاً.
٤. وكذلك أقرّ أصحاب الرسول (ﷺ) عندما انتشروا في الأقطار الإسلامية بعض العادات المحلية السائدة، ومن مظاهر ذلك كثرة الاختلاف بين الأحكام المبنية على أعراف العراق وبين المبنية على أعراف الحجاز مثلاً.

شواهد نصوصية على اعتبار الفقهاء للعرف:

أ- فمن فقهاء الحنفية يقول ابن نجيم: القاعدة السادسة العادة محكمة وأصلها قوله (ﷺ) ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)).^١ ويقول: اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا: في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة.

ويقول: إذا تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الإيمان فإذا حلف لا يجلس على الفراش أو على البساط أو لا يستضيء بالسراج لم يحنث بملوسه على الأرض ولا بالاستضاءة بالشمس مع أن الله سمى الأرض فراشاً وبساطاً وسمى الشمس سراجاً، ولو حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكّل لحم السمك وإن سماه الله لحماً في القرآن.^٢

^١ العرف والعادة، المرجع السابق ص ١٦

^٢ يقول السيوطي لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال: إنما هو قول عبدالله بن مسعود موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده.. انظر الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٩٩.

^٣ الأشياء والنظائر على مذهب أبي حنيفة ص ٤٦ للشيخ زين الدين ابن نجيم (ت ٩٦٩)

ب- ومن علماء المالكية: يقول القرافي - في موضوع صيغ الطلاق: "يجب علينا أمور أحدها: أن نعتقد أن مالكا أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها صوتاً لهم عن الزلل. وثانيها: أنا إذا وجدنا زماننا عرياً عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ، لأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام." ومثل القرافي لذلك بالعصلة المتداولة، ثم يقول: وكذلك نفقات الزوجة والزيرة والأقارب وكسوتهم تقتلف بحسب العوائد وتنتقل الفتوى فيها، وتحرم الفتوى بغير العادة الحاضرة، وكذلك تقدير العواري بالعوائد قبض الصداق عند الدخول أو قبله أو بعده وغير ذلك مما هو مبني على العوائد مما لا يحصى عدده، متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين وحرمت الفتيا بالأول^١.

ج- ومن علماء الشافعية: يقول السيوطي - أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها، وضابط القلة والكثرة في الضبطه والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء في وجه البناء على الصلاة في الجمع والخطبة والجمعة، وبين الإيجاب والقبول والسلام ورده والتأخير المانع من الرد بالعيب^٢.

وهناك شواهد أخرى تدل على اعتبار العرف لدى الفقهاء دليلاً مستقلاً ومصدراً من مصادر التشريع الإسلامي، ونكتفي بهذا القدر في هذا المجال.

أثر العمل بالعرف في اختلاف الفقهاء:

بعد هذه الأهمية للعرف لدى العلماء من الأصوليين في بناء قواعدهم عليه، ومن الفقهاء عند استنباطهم في ضوئه، ومن المفتين والقضاة في مراعاتهم للأعراف العامة والخاصة في فتاوم وأقضيتهم... فهل يمكننا أن نعتبر العرف سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية؟

^١ الفروق للقرافي ٤٥/١.

^٢ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩.

الجواب على ذلك يكون بالإيجاب، إذا لاحظنا التطبيقات الفقهية الخلافية المبنية على الاختلاف في أعمال العرف.

ويكون بالنفي إذا نظرنا إلى ما جرى عليه بعض العلماء ممن كتبوا في هذا الموضوع. فمثلاً: بطليوسي الذي كتب عن أسباب خلاف الفقهاء لم يعد العرف منها، كذلك حجة الله الدهلوي في كتابه (الانصاف في التنبيه على أسباب الخلاف) الذي عالج الموضوع من زوايا عديدة، وكذلك ابن تيمية في كتابه (رفع الملام عن أئمة الإعلام) لم يتطرق إلى العرف. وإلى جانب هؤلاء، هناك بعض العلماء يدل كلامهم صراحة على نفي اعتبار العرف من أسباب الخلاف، كالشاطبي في الموافقات، فهو عندما يبين الفرق بين الخلاف الحقيقي والخلاف الظاهري قال: إنه لا ينبغي أن يُعد اختلافاً بين الأئمة، إلا ما كان خلافاً على الحقيقة، فما كان ظاهره الخلاف والواقع الوفاق، فحكاية الخلاف فيه خطأ.

وفي نظري أن العرف يعتبر سبباً رئيسياً من أسباب اختلاف الفقهاء منذ عهد الصحابة، ويشهد بذلك التطبيقات الفقهية في مختلف العصور، وما ذهب إليه الشاطبي ومن معه من أن اتفاق الفقهاء على مصدر من مصادر الأحكام لا يسمح باعتباره سبباً من أسباب الخلاف فيها، معارض باتفاق الفقهاء على حجية القرآن الكريم وسنة رسول الله (ﷺ) والإجماع، مع اختلافهم في الأحكام المستنبطة من هذه المصادر، وذلك لأن خلاف الفقهاء لا يأتي من اختلافهم في حجية المصدر فحسب، بل قد يتفقون على حجيته ويختلفون في تطبيقه أو في مجال العمل به.

وبناء على ذلك فإن أعمال العرف في الاستنباط الفقهي يعد سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية.

المبحث الثاني

نموذج من التطبيقات الفقهية الخلافية

المرتبة على الاختلاف في العمل بالعرف

١. الوكيل في النكاح إذا زاد في مهر المرأة زيادة لا يتغابن الناس في مثلها جاز عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز إلا بما يتغابن الناس في مثلها. وسبب خلافهم أن الإذن المطلق إذا تعرض عن التهمة والحياة لا يخص بالعرف عند أبي حنيفة، وعندهما يخص.

ونفس الخلاف جار بينهم في الوكيل بالخلع لعين السبب.^١

٢. المودع إذا سافر بالوديعة، جاز له ذلك عند أبي حنيفة، إذا كان الطريق آمناً، سواء كان لها حمل ومؤنة أو لم يكن لها. وعند أبي يوسف ومحمد، إن لم يكن له حمل ومؤنة له ذلك وإلا لم يجوز.

وسبب خلافهم الاختلاف في تخصيص الإذن المطلق بالعرف، فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما جائز.

وينبغي على نفس الخلاف اختلافهم فيمن وكل شخصاً أن يؤجر داره تسوكيلاً مطلقاً، ثم أجره لمدة طويلة كعشر سنوات أو أكثر، فالإجارة صحيحة عند أبي حنيفة وباطلة عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ومن وافقهم، لأن هذا الإذن مقيد بالعرف السائد، فيجب ألا يخالفه الوكيل في مدة الإجارة.^٢

٣- اختلف الفقهاء في بيع المعاوضة على التفصيل الآتي:

الحنفية: لم يصل الفقه الحنفي إلى تقبل التعاطي وسيلة للتعبير من الإرادة طرفة، وإنما وصل إليه متدرجاً ولعل مرد ذلك حرص هذا الفقه في بدء تطوره على تطبيق الأصل المقرر لديه وهو إشار التعبير اللفظي.

^١ أنظر تأسيس النظر ص ٢٣.

^٢ المرجع السابق ص ٢١-٢٢.

على أن العرف فيما بعد قد دعى الأحناف إلى التوسع في تقبل التعاطي، فهم في بادئ الأمر أجازوا التعاطي كوسيلة لانعقاد البيع في الحسيس دون النفيس، ثم ما لبثوا أن أجازوه فيهما معاً. جاء في البداية "وذكر القدوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الحسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة". وفي تبين الحقائق^١: ويلزم بالتعاطي أيضاً ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً لعدمها، والصحيح الأول، لأن جواز البيع باعتبار الرضى بصورة اللفظ، وهذا التغير الملموس في الفقه الحنفي كان أساسه التغير في عرف الناس من التعامل بالمعاطاة.

وأخذ بجواز بيع المعاطاة في الحسيس والنفيس المالكية والحنابلة أيضاً. قال ابن قدامة: "ولنا أن الله أحل البيع ولم يتبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض والاحراز، والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكيم".^٢

وقال الخطاب المالكي: "إن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا، وسواء كان قولاً أو فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة... لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً".^٣

وفي مقابل هذا الرأي الموسع للحنفية والمالكية والحنابلة بناء على العرف، نجد الشافعية والشيعة ذهبوا إلى الرأي المضيق، فهل أصحاب هذين المذهبين ميّزوا بين الأشياء الحسيسة والنفيسة وأقروا التعاطي في الأولى دون الثانية؟

جاء في نهاية المحتاج - الفقه الشافعي - "والرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه، فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا، فلا ينعقد بمعاطاة".^٤

وقال المحلى: "فلا بيع بمعاطاة ويرد كل ما أخذه بها أو بدله إن تلف وقيل ينعقد بها في المحقر".^٥

^١ ٤/٤

^٢ المغنى ٥١٦/٣

^٣ شرح الخطاب ٢٢٨/٤

^٤ نهاية المحتاج للمحلى ٣/٤، ٢٢

^٥ شرح جلال الدين المحلى على المنهاج مع قليوبي وعميرة ١٥٣/٢.

ورود في الروض النضير - فقه الشيعة الزيدية - "والقول المنعقد به هو الإيجاب والقبول في مال مع شروط معتبرة، واستثنى من ذلك المحقر لجري عادة الناس بالدخول فيه بغير صيغة، وهو مذهب الهادوية أيضاً"^١.

وسبب خلافهم الاختلاف في الاحتجاج بالعرف فمذهب الحنفية والمالكية والحنابلة هو اخضاع البيع لسلطان العرف الجاري، بينما في نظر الشافعية والشيعة ان الشارع قد اقتصر على ذكر البيع والتبايع وفرّق بين مرحلتَي الاستيلاء والتعاقد ونبذ ما كان يألفه الجاهليون من تعبيرات فعلية في البيوع كالملازمة وغيرها، فوجب تبعاً لذلك نبذ ما كان على شاكلتها من معاطاة غير مقرونة بلفظ البيع الذي جعله الشارع عنواناً للتعاقد. وفي نظري أن الراجع هو قول الحنفية والمالكية والحنابلة، لأنه أكثر انسجاماً مع روح اليسر في الشريعة الإسلامية.

^١ الروض النضير ٢٠٥-٢٠٦

أهم مراجع الكتاب

القرآن الكريم:

- * تفسير الطبري، محمد بن جرير الطبري (٢٢٤-٣١٠) ط بولاق.
- * أحكام القرآن للجصاص، أبي بكر أحمد بن علي الرازي (ت - ٣٧٠هـ) ط القاهرة.
- * أحكام القرآن لابن العربي أبي بكر بن محمد (ت - ٤٣٠هـ) ط الحلبي.
- * تفسير القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري (ت - ٦٧١هـ) ط ثانية - دار الكتب.
- * الاتقان في علوم القرآن جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت - ٩١١هـ).
- * كنز العرفان في فقه القرآن، للحلي جمال الدين ط النجف.

الحديث:

- * الموطأ مع تنوير الحواليل، ط الحلبي للأمام مالك.
- * صحيح البخاري، ط بولاق ١٣١٤ محمد بن إسماعيل (١٩٤-٢٥٦هـ).
- * صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت - ٢٦١هـ) ط الحلبي.
- * سنن أبين ماجه، محمد بن يزيد القزويني (ت - ٢٧٣) ط الحلبي.
- * صحيح الترمذي، محمد بن عيسى (ت - ٢٧٩هـ) ط الحلبي.
- * السنن الكبرى للبيهقي أبي بكر أحمد بن الحسين النيسابوري (٣٨٤-٤٥٨هـ) ط حيدر آباد ١٣٤٧هـ.
- * النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير محمد بن الجزري (٥٤٤-٦٠٦هـ).
- * احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، محمد بن علي المعروف بأبن دقيق العيد (٦٢٥-٧٠٢هـ) ط السلفية.
- * مع العدة حاشية محمد بن إسماعيل الصنعاني.
- * بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، محمد بن علي العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ).
- * فتح الباري للعسقلاني شرح صحيح البخاري ط الحلبي.
- * نيل الأوطار، للقاضي اليماني محمد بن علي الشوكاني (ت - ١١٢٥هـ).
- * قواعد التحديث في فنون مصطلح الحديث، جمال الدين القاسمي (ت - ١٣١٧هـ).

أصول الفقه الحنفي:

- * أصول الجصاص، مخطوطة دار الكتب المصرية رقم (٢٦).
- * تقويم الأدلة، للدبوسي عبيد الله بن عمر (ت - ٤٣٠هـ) مخطوطة دار الكتب المصرية رقم (٢٢٥).
- * تأسيس النظر للدبوسي، ط الإمام القاهرة.

- * عبيد الله بن عمر (ت - ٤٣٠ هـ).
- * أصول البزدوي علي بن محمد (ت - ٤٨٢ هـ) مع كشف الأسرار.
- * المغنى في الأصول، عمر بن محمد الحيازي (ت - ٦٩١ هـ) مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة بغداد.
- * التوطيح على التنقيح، لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود مع الحواشي (ت - ٧٤٧ هـ).
- * التحرير، لكمال ابن الهمام (ت - ٨٦١ هـ).
- * مع التحرير والتعبد، لابن أمير الحاج، ط بولاق.
- * فتح الغفار، للشيخ زين الدين الشهيد بابن نعيم (ت - ٩٧٦ هـ).
- * تيسير التحرير، محمد أمين المشهور بأمر بادشاه ط صبيح.

أصول الفقه المالكي:

- * مختصر المنتهى، لابن الحاجب الكردي عثمان بن عمر (٥٧٠-٦٤٦) مع شرح العضد وحاشية السعد ط بولاق.
- * شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، أحمد بن إدريس القرافي (ت - ٦٨٤) ط القاهرة ١٣٧٤ هـ.
- * الفروق للقرافي أيضاً.
- * المرافقات للشاطبي إبراهيم بن موسى الغرناطي (ت - ٧٩٠ هـ).
- * الاعتصام للشاطبي أيضاً .
- * مفتاح الوصول في علم الأصول، محمد بن أحمد المالكي التلمساني ط دار الكتب.

أصول الفقه الشافعي:

- * الرسالة، للإمام الشافعي، ط الحلبي تحقيق أحمد شاکر.
- * أصول الشافعي، إسحاق بن إبراهيم السمرقندي (ت - ٣٢٥ هـ) ط حجر بالهند.
- * اللمع للشمازي أبي إسحاق بن علي (ت - ٤٧٦ هـ) ط الحلبي.
- * البرهان، لإمام الحرمين عبد الملك ابن الشيخ أبي محمد عبدالله (٤١٩-٤٧٨ هـ) مخطوطة المكتبة المركزية بغداد).
- * الانصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الخلاف بين الأئمة، لابن السيد البطيوسي (ت - ٥٢١ هـ).
- * المستصفى، للغزالي محمد بن محمد بن محمد (٤٥٠-٥٠٥ هـ).
- * هفاء الغليل، للغزالي أيضاً تحقيق الدكتور حمد الكبيسي ط الارشاد.
- * الأحكام في أصول الأحكام، للامدي علي بن محمد الكردي (ت - ٦٣١ هـ).
- * تجميع الفروع على الأصول، للزهباني محمد بن أحمد (ت - ٦٥٦ هـ).

- منهاج الوصول الى علم الاصول للبيضاوي عبدالله بن عمر بن عميد (ت-٦٨٥هـ) ط كردستان العلمية القاهرة.
- المحصول، للرازي محمد بن عمر الطبرستاني (٥٤٤-٦٠٦هـ) تحقيق الدكتور طه جابر العلواني.
- جمع الجوامع، للسبكي عبد الوهاب بن تقي الدين (ت-٧٧١هـ) مع حاشية البناي ط بولاق.
- الأسنوي (نهاية السؤل) عبد الرحيم بن الحسن (ت-٧٧٢هـ) مع البدخشي ط صبيح.
- الاشباه والنظائر للسيوطي عبد الرحمن بن ابي بكر (ت-٩١١هـ).

اصول الفقه الحنبلي:

- روضه الناظر، لابن قدامه عبدالله بن احمد المقدسي (٥٤١-٦٢٠هـ) ط للديني.
- شرح الكوكب المنير (مختصر التحرير) للشيخ تقي الدين ابي القاء ط السببه المحمدية.
- القياس في الشرح الإسلامي لابن تيمية ط السلفية الثالثة.
- رفع الملام عن ائمة الاعلام لابن تيمية ايضاً.
- القواعد والفوائد الاصولية علي بن عباس المعروف بابن اللحام (٧٥٢-٨٠٣هـ).

اصول الفقه الجعفري:

- مبادئ الوصول الى علم الاصول جمال الدين المعروف بالخلي ط النجف.
- معالم الدين في الاصول حسن بن زين الدين العاملي ط النجف.
- القوانين المحكمة للمحقق القمي ط حجر ايران.
- الاصول العامة للفقه المقارن السيد محمد تقي الحكيم ط دار الاندلس

اصول الفقه الزيدي:

- الفصول اللؤلؤية، حسام الدين ابراهيم بن عبد الهادي (ت-٩١٤هـ) مخطوطة دار الكتب المصرية.
- معيار الفصول في علم الاصول، مخطوطة دار الكتب المصرية.
- ارشاد الفحول، محمد بن علي الشوكاني (ت-١٢٥٥هـ) ط الحلبي .

اصول فقه الظاهرية:

- الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم ط العاصمة القاهرة.
- ملخص ابطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل، لابن حزم ط جامعة دمشق.

اصول الفقه الاباضي:

* شرح طلعة الشمس على الالفية المسماة بشمس الاصول، كلاهما لابي محمد عبدالله بن حميد السالمي الاباضي (ت-١٣٣٢هـ).

اصول فقه المعتزلة:

* المعتمد في اصول الفقه لابي الحسين البصري (ت-٤٣٦هـ) ط الكاثوليكية بيروت.

الفقه الحنفي:

- * بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني ابي بكر بن مسعود (ت-٥٧٨هـ).
- * تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي عثمان بن علي (ت-٧٤٢هـ) ط بولاق.
- * فتح القدير شرح الهداية مع التكملة - نتائج الافكار لابن الهمام ط الحلبي .
- * الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي.
- * محمد بن عبد الله (ت-١٠٠٤هـ) مع حاشية محمد امين المعروف بابن عابدين (ت-١٢٥٢هـ).

الفقه المالكي:

- * المنتقى شرح موطأ الامام مالك، للقاضي سليمان بن خلف المعروف بالباجي الاندلسي (٤٠٣-٤٩٤هـ).
- * مختصر خليل ابي ضياء ابي خليل بن اسحاق (ت-٧٧٦هـ).
- * الخطاب شرح مواهب الجليل ابن عبد الله محمد بن محمد (ت-٩٥٤هـ) السعادة.
- * الشرح الصغير للدردير احمد بن محمد (ت-١٢٠١هـ).
- * بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية احمد الصاوي (ت-١٢٤١هـ) ط دار الفكر.

الفقه الشافعي:

- * الام للشافعي ط بولاق.
- * المهذب للشيرازي ابي اسحاق ابراهيم بن علي .
- * المجموع شرح المهذب ابو زكريا عي الدين المعروف بانووي (ت-٦٧٦هـ).
- * مغني المحتاج للخطيب الشرييني شمس الدين محمد بن احمد (ت-٩٧٧هـ) ط القاهرة.
- * نهاية المحتاج للرملي (ت-١٠٠٤هـ) ط القاهرة ١٣٠٤.
- * كشف الغوامض لقطر العارض للشيخ المعروف الكردي .

الفقه الحنبلي:

- * المغنى لابن قدامة ثالثة لدار المنار.
- * نبيل المأرب شرح دليل الطالب عبد القادر بن عمر الشيباني ط صبيح.

• اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ط القاهرة.

الفقه الزيدي:

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، احمد بن يحيى بن المرتضى (ت-٨٤٠هـ) ط اولى السعادة.
- الروض النضر شرح مجموع الفقه الكبير، الحسين بن احمد الصنعاني (ت-١٢٢١هـ) ط السعادة.

الفقه الظاهري:

- المحلى لابن حزم ط منيع الدمشقي .

الفقه الاباضي:

- شرح النيل وشفاء العليل محمد بن يوسف بن اطفيش ط بولاق ١٣٤٣.

الفقه المقارن:

- اختلاف الفقهاء للطبري ط الموسوعات .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد محمد بن احمد المعروف بابن رشد (٥٢٠-٥٩٥هـ).
- الميزان الكبرى الشعرانية سيدي عبد الوهاب الشعراني (ت-٩٧٣)
- مقارنة المذاهب في الفقه للشيخ عمود والشيخ محمد علي السائس ط محمد علي صبيح.

تاريخ الفقه الإسلامي والفقهاء المسلمين:

- الفكر السامي سيدي محمد بن الحسن الحجوي.
- فقه اهل العراق وحديثهم محمد زاهد الكوثري (١٢٩٦-١٣٧١) ط بيروت.
- تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الحصري ط ثانية القاهرة.
- خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي للاستاذ عبد الوهاب خلاف ط خامسة.
- ابو حنيفة للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.
- مالك للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.
- الشافعي للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.
- الامام احمد للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي .
- الامام صادق للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي .
- الامام زيد للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.
- ابن حزم للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.
- ابن تيميه للاستاذ ابي زهرة ط دار الفكر العربي.

- ابن قيم الجوزية للدكتور عبد العظيم عبد السلام شرف الدين ط ثانية.
- المدخل للفقهاء الإسلاميين للاستاذ سلام مذكور ط اولى ١٩٥٤م.
- تاريخ الفقه الإسلامى للاستاذ الشيخ محمد على السائس ط صبيح وأولاده .
- تاريخ الفقه الإسلامى للاستاذ محمد انيس عباد ط اولى ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م جزمان.
- تاريخ التشريع الإسلامى للاستاذ ابراهيم الشهاوى ط القاهرة ١٩٧١-١٩٧٢.
- تاريخ الفقه الإسلامى محمد اسحق الحداد ط القاهرة-١٩٥٩م.
- تاريخ الفقه الإسلامى الدكتور محمد يوسف موسى ط دار المعرفة القاهرة ثلاثة اجزاء.
- المدخل للفقهاء الإسلاميين عيسوي احمد عيسوي ط اولى.
- تاريخ التشريع الإسلامى الدكتور حسن الكاشف ط القاهرة.

الابحاث والمؤلفات الاخرى

- مذهب ابن عباس في الربا بين المذاهب فقه السنة والشيعة زيد ابو مكارم ط اولى .
- مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف ط دار الكتاب العربى.
- تفسير النصوص في الفقه الإسلامى الدكتور محمد اديب صالح ثانية بيوت.
- التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامى، الدكتور وحيد الدين سوار ط اولى .
- المحراج لابي يوسف ط السلفية.
- العرف والعادة في راي الفقهاء للدكتور ابي سنة، ط الازهر .
- محاضرات في الفقه المقارن للاستاذ فرج السنهاوى ١٩٧١-١٩٧٢م جامعة القاهرة.
- اصول الفقه لذكريا البديسي ط دار التاليف ١٩٦١م.
- رسالة الطوفي في رعاية المصلحة المنشورة في كتاب مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ابتداء من ص ٨٧ ط دار الكتاب العربى القاهرة.
- ازالة الالتباس عن مسائل القياس للشيخ امين الشيخ ط التضامن القاهرة .
- تحليل الاحكام تأليف محمد مصطفى شلبي ط الازهر.
- اصول الفقه الشيخ محمد ابو زهير، اربعة اجزاء، ط دار التاليف.
- اصول الفقه للاستاذ عباس حمادة متولي، ط الازهر.
- الملل والنحل محمد بن عبد الكريم الشهرستاني (ت-٥٤٨هـ) مع الملل والاهواء والنحل لابن حزم.
- ط محمد علي صبيح وأولاده.